

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AULUS LUIZ SANTOS DE SALLES GRAÇA

A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA: AS
EMPRESAS ESTATAIS EM PERSPECTIVA

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AULUS LUIZ SANTOS DE SALLES GRAÇA

A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA: AS
EMPRESAS ESTATAIS EM PERSPECTIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

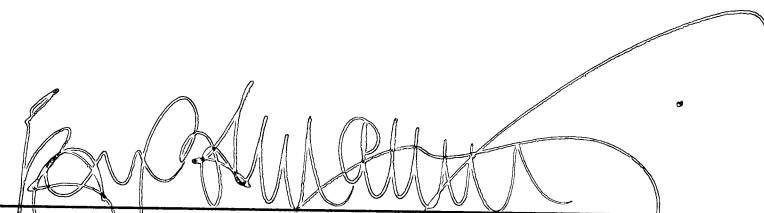
2016

TERMO DE APROVAÇÃO


AULUS LUIZ SANTOS DE SALLES GRAÇA

A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA AS EMPRESAS ESTATAIS EM PERSPECTIVA

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora



Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Orientador – Departamento de Direito Público - UFPR



Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado - UFPR



Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães
Pontifícia Universidade Católica – PUC/PR

Curitiba, 11 de março de 2016

Aos meus pais,
que pelo exemplo não se cansam
de me mostrar a beleza da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela vida de oportunidades. Agradeço aos meus pais, Delta Graça e Luiz Alfredo, por todo o amor. As palavras jamais serão suficientes para traduzir tudo o que significam para mim. Agradeço aos meus irmãos Yorgos e Niarkios, por serem quem são.

Agradeço especialmente ao Professor Dr. Egon Bockmann Moreira, por ter me aceitado como seu orientando já na Iniciação Científica na época da Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, na Monografia de Conclusão de Curso e agora também no Mestrado. Sou grato pela confiança e pela credibilidade em mim depositadas ao permitir que minha trajetória acadêmica tenha sido trilhada até aqui sob sua supervisão. As conversas, os conselhos, os livros emprestados e a motivação – sobretudo nos momentos difíceis - foram decisivos e de fundamental importância para a realização da pesquisa. Muito obrigado.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e a todos os professores e professoras pela oportunidade e pelo privilégio do aprendizado crítico sobre o Direito.

Não poderia deixar de agradecer ainda aos amigos de jornada. Agradeço ao Anderson Pressendo Mendes e ao André Carias de Araújo pelo incentivo e pelo apoio de todas as horas. Ao Rogério Rudiniki Neto, pela franqueza dos diálogos estabelecidos e pelo exemplo de disciplina em relação à pesquisa jurídica. Ao David Pereira Cardoso, pela parceria em desbravar o então desconhecido mundo da Pós-Graduação. Agradeço também à Ana Paula Veiga Lopes, ao David Bachmann Pinto, à Gabriela Cristina Ziebert de Lima, ao Jonathan Cassou dos Santos, ao Lucas Eduardo Allegretti Prates, à Paula Regina Bernardelli ao Ricardo Busana Galvão Bueno, ao Wilter James Magalhães de Abreu, simplesmente pela amizade, no melhor sentido da palavra.

Registro, por fim, meu sincero agradecimento aos integrantes da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, pela convivência e pela paciência diárias. A interlocução qualificada a respeito do papel do Estado na economia certamente contribuiu para a reflexão a respeito das empresas estatais brasileiras.

RESUMO

O processo de industrialização e desenvolvimento do Brasil na primeira metade do século XX fez surgir, como instrumento de intervenção e de implementação de políticas públicas, a empresa estatal. Ao contrário do que ocorreu em países de tradição capitalista, as estatais foram criadas entre nós de forma originária e inaugural para explorar setores estratégicos a respeito dos quais a livre iniciativa não reunia condições ou interesse para fazê-lo. A não contradição da presença direta do Estado em uma economia capitalista subdesenvolvida reside no papel estrutural desempenhado por essas empresas. No início dos anos de 1980, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, espécies do gênero empresa pública, foram colocadas institucionalmente em xeque. O que se viu na sequência foi a alienação de algumas das principais empresas estatais ao mesmo tempo em que, ressignificado o papel do Estado em relação à economia, novas formas de incentivo à iniciativa privada foram incrementadas, mediante o aumento da regulação e da fiscalização estatal. A Constituição de 1988 não prevê expressamente o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal, diferente do que fizeram os constituintes anteriores. Nada obstante reconhece a subsidiariedade da intervenção estatal como inscrita na ordem constitucional. O presente trabalho se propõe a analisar a função e os limites da atuação do Estado por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Palavras-chave: Intervenção do Estado no Domínio Econômico; Empresas públicas; Sociedades de Economia Mista – Empresas estatais.

ABSTRACT

In the first half of the 20th century Brazilian State was engaged to develop and industrialize the local economy. Meanwhile, public enterprises and joint stock/mixed-economy companies were created as instruments to provide public services or directly undertake economic activities. Differently then other capitalist countries, Brazilian state-owned enterprises were originally created to explore strategic sectors of the economy, which ones the private agents couldn't develop or take the risk of failure. The structural role played by these State enterprises guarantees that there is no contradiction when the State intervenes directly in a capitalist economy. In the early 80's, public enterprises and joint stock/mixed economy companies, species in the public enterprises genre, were put institutionally in check. What came next was the privatization of some of the main public enterprises, while the State was given a fresh role into economy. Then, new kinds of incentives were given to the private agents through while regulation and State fiscalization were increased. The constitution of 1988 doesn't establish expressly the subsidiarity of the state intervention in the economy, differently then the previous constituent, even though, the doctrine extracts that principle from the economic order article. The present work is meant to analyze the function and the limits of the of the state performance through public enterprises and joint stock/mixed-economy.

Keywords: State intervention in the economy; Public enterprises; Joint stock/mixed-economy companies

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL.....	13
1.1 INDUSTRIALIZAÇÃO E (SUB)DESENVOLVIMENTO: QUANDO TUDO COMEÇOU.....	13
1.2 O CAPITALISMO MONOPOLISTA ESTATAL.....	24
1.3 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E A EMPRESA PÚBLICA.....	31
1.4 O PLANO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO E A RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA.....	36
1.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	44
2 A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	47
2.1 A ORDEM ECONÔMICA.....	47
2.2 AS HIPÓTESES DO ART. 173 CAPUT.....	50
2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA ORDEM ECONÔMICA.....	55
2.4 O DECRETO-LEI Nº 200/1967: AS EMPRESAS PÚBLICAS E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA COMO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA.....	65
2.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	79
3. O PAPEL DO ESTADO EMPRESÁRIO.....	82
3.1 O PAPEL DAS EMPRESAS DO ESTADO.....	82
3.2 A QUESTÃO DO LUCRO.....	96
3.3 AS ESTATAIS EM NÚMEROS.....	101
3.4 PARA ONDE APONTARÁ O PÊNDULO?.....	105
3.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	108
CONCLUSÕES.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115

INTRODUÇÃO

As empresas estatais costumam ser tema quotidiano dos noticiários, das rodas de conversa e dos debates políticos, seja por estarem logrando êxito em seus respectivos espaços de atuação, seja por atravessarem momentos difíceis em meio à crise econômica e política, sobretudo depois que Operação Lava Jato trouxe à tona esquemas de corrupção envolvendo uma das maiores empresas estatais do país, a PETROBRAS. Esses ainda recentes escândalos trazem consigo uma percepção (verdadeira ou imaginária) compartilhada por muitos brasileiros – e não é de hoje -, a de que as estatais são ineficientes e não atendem aos melhores interesses do país. A causa (também verdadeira ou falsa) desses males é apontada como aparelhamento político-partidário dos quadros de dirigentes dessas empresas, o que, por sua vez, levaria a desvios do objeto social e à corrupção¹.

A opinião pública, não raro capitaneada por pontos de vista extremados a respeito da conveniência e da oportunidade da própria existência das empresas controladas pelo Estado, é bastante sensível ao tema. E isso talvez se explique, em parte, pela análise da história brasileira envolvendo as empresas do Estado, desde a difusão da criação delas, sobretudo a partir dos anos de 1940, com forte discurso nacionalista, até às privatizações de diversas empresas nos anos de 1990, levada a cabo pelo Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990, sucedida pela Lei nº 9.941/1997).

Ainda que o senso comum não possa ser de todo ignorado pela academia, posto que compõe a realidade que transforma e é transformada pelo direito, a pesquisa jurídica não pode a ele se limitar, sob pena de desconsiderar as outras facetas dessa mesma

¹ Uma pesquisa realizada pelo Datafolha entre 25 e 26 de novembro de 2015 perguntou aos brasileiros qual o maior problema do Brasil na atualidade. A resposta deveria ser espontânea e única. Dos 3.541 eleitores entrevistados, em 185 municípios, 34% apontaram a corrupção, 16% elegeram a saúde pública a principal mazela, 10% o desemprego, empatados em quarto lugar, com 8% das opiniões, foram apontadas a educação e a violência e, em quinto lugar, a economia, vista por 5% dos entrevistados como o maior problema a ser enfrentado. A reportagem da Folha de São Paulo apurou ainda que, em pesquisas anteriores, a corrupção atingira no máximo 11% das escolhas dos entrevistados, justamente nos protestos ocorridos em junho de 2013, as “jornadas de junho”. MENDONÇA, Ricardo. **Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha**. São Paulo: Folha de São Paulo, 29 de nov. de 2015. Disponível na internet: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em 16 de dezembro de 2015.

realidade e, assim, não atingir o potencial informador e transformador a que está vocacionada.

Qual deve ser o papel do Estado na economia? Até onde pode/deve ir a intervenção direta na produção de bens e de serviços? As empresas estatais são um mal em si mesmas? Mais ou menos empresas do Estado? Por que? Ainda que não se tenha a pretensão de elaborar respostas prontas a essas indagações, pode-se dizer que elas são a força motriz do presente trabalho, que tem por objetivo compreender historicamente a relação do Estado brasileiro com a economia por meio das chamadas empresas estatais enquanto instrumento de realização de funções do Estado. Não se pretende discorrer sobre o regime jurídico dessas empresas, sobre mecanismos de controle interno ou externo, e nem sobre aspectos societários propriamente ditos – ainda que lateralmente algumas observações sejam feitas.

O estudo realizado foi dividido em três partes. O capítulo 1 se propõe à compreensão histórica, política e econômica das razões que levaram o Estado brasileiro a se utilizar do expediente de criar e de manter estruturas empresariais próprias, não apenas para prestar serviços públicos, como também para explorar setores econômicos considerados estratégicos. Verificar-se-á como a presença direta do Estado na economia contribuiu para o processo de industrialização e desenvolvimento do país a partir da primeira metade do século XX.

Buscar-se-á analisar ainda de que forma uma economia capitalista compatibiliza valores como livre iniciativa e liberdade de concorrência com uma postura de forte participação direta do Estado. As possíveis razões que levaram à associação do capital público ao capital privado, com a reserva do poder de controle da companhia ao setor público, para formar o que hoje se conhece por sociedade de economia mista, serão apontadas. A doutrina costuma explicar o surgimento das chamadas empresas públicas a partir da constatação de que a presença do capital privado na companhia comprometeria a realização do interesse público. Essa questão será problematizada a partir da compreensão da própria razão de ser das empresas do Estado.

O fim da década de 1970 coincide com o auge da difusão das estatais ao longo da história brasileira. No início dos anos de 1990 veio à tona o Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990 sucedida pela Lei nº 9.491/1997), cujo objetivo era

“reordenar a posição estratégica do Estado na Economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.”² As privatizações foram um indício de que algo mudaria na relação entre Estado e economia.

O capítulo 2 analisará a ordem econômica na Constituição de 1988, os limites e as possibilidades para a intervenção direta estabelecidas pelo constituinte. O relevante interesse coletivo e o imperativo à segurança nacional, hipóteses previstas no art.173 da Constituição para que o Estado possa, por meio de lei específica, criar uma empresa estatal para explorar atividade econômica, para além dos casos expressamente previstos no texto constitucional, também serão postos à prova. O princípio da subsidiariedade da intervenção estatal está na Constituição de 1988? O que isso significa? Se as Constituições anteriores foram expressas ao mencionar o caráter suplementar da atividade empresarial do Estado em relação à iniciativa privada, por que o constituinte de 1988 também não o fez? A essas perguntas buscar-se-ão possíveis respostas.

Na sequência, o estudo do ainda vigente Decreto-Lei nº 200/1967 será necessário, na medida em que ele pretendeu organizar a Administração Pública Federal, definindo e situando as empresas públicas e as sociedades de economia mista como entes integrantes da Administração Pública Indireta.

O capítulo 3 se destina à compreensão do papel ou missão das empresas do Estado, bem como o que leva à tensão – que para parte da doutrina deveria ensejar a própria extinção da figura – entre capital privado e capital público nas sociedades de economia mista. A realidade sugere que as estatais são forçadas a perseguir objetivos macroeconômicos, ainda que em contrariedade ao próprio objeto social, tudo em nome de um suposto “interesse público”, de que seria portador o Estado enquanto acionista controlador. A proposta é compreender os limites da persecução de objetivos mais amplos do Estado por meio do mecanismo da intervenção direta.

A questão do lucro nas empresas estatais enseja controvérsias e será problematizada. É comum na doutrina que se diga que ele é elemento accidental e instrumental, mas não deve ser a finalidade última de uma empresa cujo capital votante pertença majoritariamente ao Estado. Ao contrário do que ocorre na empresa privada,

² BRASIL. LEI Nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

onde a atividade desenvolvida é um meio para a obtenção de vantagens pecuniárias, na empresa estatal, o lucro é compreendido como um meio que visa a finalidades outras, compatíveis com os motivos que ensejaram ainda justificam a intervenção estatal.

Compreendidas essas questões, sem a pretensão de esgotar o tema, serão compilados alguns números oficiais sobre as empresas estatais, na medida em que as fontes de pesquisa assim o permitiram, de modo a perceber para onde aponta o pêndulo da intervenção estatal.

1. AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL

1.1 INDUSTRIALIZAÇÃO E (SUB) DESENVOLVIMENTO: QUANDO TUDO COMEÇOU

A assunção da estrutura empresarial pelo Estado resultou em uma importante forma de intervenção direta na economia: a empresa estatal. Trata-se de uma empresa em que parcela significativa do capital social pertence ao próprio Estado e que tem como objetivo explorar diretamente atividades econômicas ou de prestar serviços públicos. Hoje tão difundida pelos mais diversos países, de diferentes tradições políticas e econômicas, a empresa estatal, mesmo não sendo uma invenção brasileira, adquiriu aqui status jurídico, político e econômico de destaque, tendo contribuído substancialmente para o processo de industrialização e desenvolvimento do país, sobretudo a partir do início do século XX. O objetivo do presente capítulo é justamente a compreensão do início dessa relação que começou a se transformar já nos anos de 1980 quando institucionalmente falou-se em “desestatização” e em “privatização”.

A empresa estatal brasileira mais antiga de que se tem notícia, e que ainda hoje existe, data da segunda metade do século XVII. Surgiu oficialmente, em 30 de julho de 1663, o serviço postal no Brasil. Os Correios, prestador de serviço postal sob o regime de monopólio especial, foram transformados em empresa pública pelo Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969.³

O Banco do Brasil foi fundado em 12 de outubro de 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil. Após altos e baixos, em 1905 a União Federal assumiu, em definitivo, o controle acionário e administrativo da instituição financeira, tornando-a hoje uma

³ Segundo informação oficial disponível na página dos Correios na internet, “[P]or uma tradição que começou a se firmar no século XIX e se consolidou no século XX, a data de criação do Correio-Mor no Rio de Janeiro é comemorada em 25 de janeiro, que passou a ser conhecido como o “Dia do Carteiro”. A fonte dessa tradição é um livro do início do século XIX, “Memórias Históricas do Rio de Janeiro”, do monsenhor José de Sousa Azevedo Pizarro e Araújo, que afirma ter principiado “(...) no Brasil o estabelecimento do Correio pelos anos de 1663, com um regimento datado de 25 de janeiro”. Apesar de a pesquisa documental contemporânea não confirmar uma base fática para a escolha dessa data, ela vem sendo mantida, assim como outras datas comemorativas, como o próprio dia do Natal, as quais, ainda que não tenham exatidão histórica, consagraram-se pela tradição e pela forte carga simbólica. ” Nesse sentido, celebra-se que os Correios completaram, em 2013, 350 anos de história. Informação disponível na internet: < <http://www.correios.com.br/sobre-correios/a-empresa/historia/historia-postal/#AEstatizacao>>. Acesso em 17 de julho de 2015.

sociedade de economia mista.⁴ A Caixa Econômica Federal, empresa pública, foi criada em 12 de janeiro de 1861, pelo Decreto Imperial nº 2.723/1861.⁵

Esses três exemplos, ainda que relevantes, dada a magnitude dos papéis que essas empresas desempenham na economia, não passaram de “episódios isolados”, e por isso não são considerados como o marco inicial do surgimento das estatais no Brasil.⁶ O ativismo estatal toma forma a partir dos anos de 1940, com a difusão de diversas empresas criadas pelo próprio Estado. Os fatores que explicam esse fenômeno não prescindem de uma breve análise do próprio processo de formação e desenvolvimento brasileiros.⁷

Celso Furtado anota que a empresa agrícola⁸ foi a primeira a se desenvolver no Brasil colonial com a produção em larga escala do açúcar, a partir da cana de açúcar, voltada à exportação, nos séculos XVI e XVII⁹. O algodão, o café, a borracha, o gado de corte, o cacau, entre outros produtos também tiveram seus ciclos de contribuição.¹⁰ Para se ter uma ideia mais aproximada da dimensão do papel da agricultura para a economia do então jovem país, basta observar que o café foi responsável por 19% das exportações em 1819, e por 63% delas em 1891. Além disso, entre o final do século XIX e primeira década do século XX, o Brasil fornecia 90% da borracha que o mundo consumia. Em 1910, esse último produto representava 40% do total das exportações brasileiras.¹¹

Para Werner Baer, os esforços do Brasil em desenvolver sua própria indústria, se no período colonial não lograram êxito por fatores ligados à submissão às

⁴ Maiores informações sobre a história do Banco do Brasil disponíveis na internet: <<http://www.bb.com.br/portalbb/page3,136,3527,0,0,1,8.bb?codigoMenu=204&codigoNoticia=691&codigoRet=1065&bread=2>> Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁵ A história completa a respeito da Caixa Econômica Federal está disponível na internet: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.

⁷ Caio Tácito também não considera a criação do Banco do Brasil em 1808 o início do surgimento das “modernas” empresas estatais no Bras. TÁCITO, Caio. **As empresas públicas no Brasil**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.84,1966, p.432-439, p.433.

⁸ A expressão aqui é utilizada para fazer referência ao empreendimento agrícola enquanto exploração da atividade rural, e diz respeito tanto ao extrativismo quanto à monocultura daquilo que hoje se costuma chamar de *commodity*.

⁹ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.25-41.

¹⁰ BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.41.

¹¹ BAER, Werner. **A economia brasileira...**, p.39-41.

determinações de Portugal, logo após a independência foram afetados pela política de portas abertas à importação, sobretudo por acordos comerciais firmados com a Inglaterra e com os Estados Unidos.¹²

A taxa de importação *ad valorem*, que em 1820 era de 15%, saltou para casa 30% em 1840. E ainda que o objetivo primário desse aumento tenha sido o de promover o incremento da receita orçamentária, acabou oferecendo condições para o surgimento de uma incipiente indústria nacional têxtil, financiada principalmente por importadores e por fazendeiros do café. Para além da elevação dos preços dos produtos importados, o próprio Governo brasileiro também ofereceu isenção de taxas de importação para insumos e maquinário.¹³ Pela primeira vez até então, passou a ser mais lucrativo produzir no Brasil do que importar de outros países.

A conjuntura, porém, fez desenvolver naquele momento apenas a indústria leve (alimentos, roupas, têxtil, calçados, entre outros), que em 1919 respondia por 64% de toda a produção industrial brasileira.¹⁴ A explicação para esse rápido crescimento está na onda migratória e na substituição da mão de obra escrava pela remunerada, empregada principalmente nas plantações de café. Bens de consumo baratos passaram a ter um mercado consumidor garantido.

A indústria de base, por sua vez, teve início em momento posterior, a partir da necessidade de suprir e de repor peças de maquinário e trilhos de trem importados, à medida em que estragavam. A significativa demora quanto à importação, agravada pelo precário sistema de transportes, fez com que fosse mais conveniente produzir algumas peças em solo nacional, mesmo com o uso de técnicas rudimentares.¹⁵

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, o desenvolvimento industrial sofreu forte impacto, principalmente pelos entraves à navegação internacional, o que dificultava

¹² BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.45.

¹³ Até 1852, 64 fábricas e oficinas ligadas ao setor têxtil, de vestuário, sabão, cerveja, vidros, couro, entre outros fizeram uso dessas isenções. Entre 1853 e 1948, o número de indústrias têxteis no Brasil saltou de 08 para 409. No final da década de 1920, 90% do consumo doméstico de tecidos já era fornecido pela indústria nacional. BAER, Werner. **A economia brasileira...**, p.45.

¹⁴ BAER, Werner. **A economia brasileira...**, p.47.

¹⁵ “Os primeiros produtos a serem manufaturados... foram aqueles cuja relação peso-custo era tão elevada que, mesmo com o emprego das técnicas rudimentares, ficava mais barato produzi-los do que comprá-los na Europa... As atividades mais importantes empregavam produtos agrícolas locais, especialmente o algodão, o couro, o açúcar, cereais e madeira, ou minerais não-metálicos, principalmente argila, areia, cal e pedras.” DEAN, Warren *apud* BAER, Werner. **A economia brasileira...**, p.47.

sobremaneira a importação de bens de capital. Entre 1913 e 1918, a título exemplificativo, cite-se que o consumo nacional de cimento caiu de 465 mil toneladas para 51.700 toneladas. O consumo de aço, nesse mesmo período também caiu abruptamente, de 589 mil toneladas para 50 mil toneladas.¹⁶

Na década de 1920 a indústria nacional cresceu pouco (em média 3% ao ano), mas se diversificou, seja pelo investimento daqueles que acumularam lucros durante o período de guerra, seja pelo ingresso de capital estrangeiro disposto a investir na produção de bens de consumo duráveis, ainda que mediante subsídios estatais.

Com a crise de 1929, a demanda mundial por café (até então responsável por 71% do total das exportações) foi abruptamente reduzida, ao mesmo tempo em que a produção não parava de aumentar.¹⁷ Com vistas a controlar os preços e a proteger o setor produtivo, já havia sido criado o Conselho Nacional do Café¹⁸, que em 1931, por meio da União comprou e queimou boa parte da safra.¹⁹

A política protecionista, para Celso Furtado, foi inspirada no modelo anticíclico Keynesiano. A garantia de preços mínimos pelo Estado, mediante a eliminação artificial da oferta (compra e destruição de parte da produção), assegurava os mesmos níveis de lucro a que estavam habituados os produtores, tal como se crise econômica mundial não houvesse.²⁰

O resultado foi que os produtores de café, confiantes de que tudo o que fosse produzido seria adquirido pelo Estado, continuaram a reinvestir o máximo possível na

¹⁶ VILLELA, Anibal V.; SUZIGAN, Wilson *apud* BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.49.

¹⁷ Celso Furtado anota que no início do Século XX, o Brasil fornecia 75% de todo o café consumido no mundo. Fatores como a elasticidade da oferta de mão de obra e a abundância de terras ainda não exploradas, somados à alta relativa do produto no mercado internacional e ao financiamento estatal do setor produtivo, fizeram do café a grande riqueza nacional entre o final do século XIX e o início do século XX. FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.252.

¹⁸ Cientes da rentabilidade do setor cafeeiro, os Estados produtores já haviam se organizado tempos antes, em 1906, por meio do Convênio de Taubaté, a fim de definirem as bases de uma política de valorização do café: "a) com o fim de restabelecer o equilíbrio entre oferta e procura de café, o governo interviria no mercado para comprar os excedentes; b) o financiamento das compras se faria com empréstimos estrangeiros; c) o serviço desses empréstimos seria coberto com um novo imposto cobrado em ouro sobre cada saca de café exportada; d) a fim de solucionar o problema mais a longo prazo, os governos dos estados produtores deveriam desencorajar a expansão das plantações." FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**..., p.254-255.

¹⁹ BAER, Werner. **A economia brasileira**..., p.49.

²⁰ Carlos M. Pélaz discorda de Celso Furtado quanto a essa comparação, sob o argumento de que a maior parte dos recursos utilizados pelo governo para a aquisição do café provinha dos próprios impostos de exportação desse produto. *Apud* BAER, Werner. **A economia brasileira**..., p.58.

própria atividade do café. Quanto mais café era produzido, mais subsídios eram demandados, a custo de empréstimos internacionais e, portanto, de endividamento externo. O ciclo era vicioso e tendia ao infinito. A crise de 1929 apenas estourou a bolha criada e revelou a fragilidade do mecanismo.²¹

A política de proteção ao setor cafeeiro foi mantida e aprimorada nos primeiros anos da crise, e, de forma imediata, contribuiu decisivamente para a rápida retomada do crescimento econômico nacional, porque garantiu manutenção da renda monetária do setor exportador – que aliás, não mais se preocupava com a origem dos financiamentos, se internos ou externos, desde que o café produzido tivesse a compra garantida pelo Governo Federal.

Além dessa política estatal, outros dois fatores explicam o crescimento expressivo da indústria nacional no pós-crise: a utilização plena da capacidade produtiva das plantas já em operação (que no período da guerra foi subutilizada) e o significativo aumento dos preços dos produtos importados, aumento esse atribuído também à depreciação cambial. Tem início nesse período o fenômeno conhecido por industrialização substitutiva de importações.²²

Werner Baer anota que a industrialização propriamente dita se inicia no Brasil a partir de 1930, momento em que o setor industrial passa a liderar o crescimento econômico, até então dominado pelo setor agrícola.²³ E, de fato, essa década foi um divisor de águas na história econômica do Brasil. Segundo Avelãs Nunes, a quebra do monopólio político da oligarquia cafeeira fez chegar ao poder setores da sociedade empenhados no desenvolvimento industrial. A burguesia industrial foi responsável por “imprimir à acção (*sic*) do Estado um papel decisivo (que ainda hoje se mantém) no desenvolvimento da indústria capitalista no Brasil”.²⁴

²¹ “O que importa ter em conta é que o valor do produto que se destruíra era muito inferior ao montante de renda que se criava. Estávamos, em verdade, construindo as famosas pirâmides que anos depois preconizaria Keynes.” FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.255-271.

²² FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil...**, p.283.

²³ Segundo o autor, “[a] pesar do rápido crescimento de algumas indústrias, esse período [década de 1920] não foi acompanhado por mudanças estruturais drásticas da economia. A industrialização, por outro lado, está presente quando a indústria se torna o principal setor de crescimento da economia e gera mudanças estruturais pronunciadas.” BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.59.

²⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 210.

A Grande Depressão promoveu uma forte reflexão a respeito do papel do Estado na economia. Senão do ponto de vista pragmático, os argumentos até então justificadores de uma suposta autoregulação do mercado foram postos em xeque. A crença na existência de um *homo oeconomicus* estritamente racional foi abalada diante da constatação de que a economia não poderia ser vista de forma isolada e imune às instituições sociais e políticas.²⁵

A percepção da tendência instável das economias capitalistas levou Keynes a sustentar que políticas de intervenção estatal poderiam, senão evitar, diminuir os impactos das crises. Eis aí uma das premissas do denominado Estado de Bem-Estar Social, cuja função seria muito mais proativa do que absenteísta.²⁶

Fabio Konder Comparato acrescenta que, em um cenário de recessão econômica não mais fazia sentido que o Estado se mantivesse na posição de árbitro, já que os protagonistas (agente econômicos privados) deixavam de jogar. O aumento da inflação e o pânico causados pela quebra da bolsa de valores fizeram cessar os investimentos. “Incumbia a alguém impulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado”.²⁷

A função do Estado, no entanto, não seria a de substituir os agentes privados na condução das relações econômicas e sociais, posto que ainda estariam garantidas a liberdade de iniciativa e a propriedade privada, mas sim a de fixar regras de conduta e de criação de possibilidades para que, reestabelecidas a previsibilidade e a credibilidade das relações econômicas, os próprios particulares retomassem os investimentos e o protagonismo – agora em um contexto de maior intensidade regulatória.²⁸

²⁵ Conforme explica Avelãs Nunes, “A crise só podia entender-se como reflexo de um colapso de investimento privado e/ou de uma situação de escassez de oportunidades de investimento e/ou de um excessivo espírito de economia por parte dos consumidores, o que legitimava a sua conclusão [de Keynes] de que a política monetária, baseada no controle da moeda poderia talvez sustentar a inflação, mas era inadequada para estancar a depressão e relançar o crescimento da economia.” NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 71.

²⁶ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...**, p. 72.

²⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **O indispensável direito econômico**. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 457.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 34.

A essa alteração sistêmica da relação entre Estado e economia se atribui o nascimento do Direito Econômico²⁹, que assimila ao menos duas formas de intervenção estatal na economia³⁰: a intervenção indireta (feita por meio de regulação, da edição de normas e pelo fomento) e a intervenção direta (cuja materialização se dá justamente pela produção de bens e de serviços pelas empresas estatais).^{31 32}

Com isso, a economia passou a ser compreendida como um problema político de curto prazo e que, para ser controlado e conduzido, precisaria primeiro ser compreendido. Nesse sentido, a pedido do Governo brasileiro foi realizado um estudo que ficou conhecido como *Niemeyer Report*, em 1931. O objetivo era diagnosticar os problemas e propor soluções que levassem à superação da Grande Depressão. A constatação não foi surpreendente: a economia brasileira era frágil porque dependente

²⁹ Egon Bockmann Moreira adverte que tal ponto de partida não implica negar que antes disso já houvesse intervenção estatal na economia. Mas apenas que a partir deste período histórico é que a atuação estatal foi intensificada e institucionalizada. O que se tinha até então era uma economia eminentemente agrária. MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a história do Direito Econômico Brasileiro (parte I: 1930-1956)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, nº6, abr./jun. 2004, p. 68.

³⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.241.

³¹ Segundo Eros Roberto Grau, seriam três as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico: a) intervenção por absorção ou participação, b) intervenção por direção e c) intervenção por indução. No primeiro caso, o Estado se mostra um verdadeiro agente econômico. Em se tratando de intervenção por absorção o Estado “assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito”, e o faz sob regime de monopólio. Em relação à participação, “o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito”, ocorre, porém, que não faz uso de privilégios próprios da Administração Pública, eis que “atua em regime de competição com empresas privadas, que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor”. Na intervenção por direção, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”. Na intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.141-145. Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere dividir as formas de relacionamento do Estado com a economia em quatro modalidades: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.365 e seguintes.

³² “O vocábulo intervenção (...) indica atuação em área de outrem – isto é, naquela esfera do privado. Domínio econômico é precisamente o campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado. Relembre-se que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.” Neste caso, em relação ao agir estatal, no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, diz-se intervenção no domínio econômico. De outro lado, a expressão “atuação” se refere ao modo global de relacionamento do Estado com a economia, incluindo-se também no caso a prestação de serviços públicos. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 142.

da exportação de um reduzido número de produtos primários, cujos preços variavam conforme a demanda internacional.

A sugestão para amenizar essa vulnerabilidade, porém, não foi a de investir na indústria como matriz propulsora do desenvolvimento, mas simplesmente expandir a quantidade de produtos primários exportados. Sob essa perspectiva, a explicação era a de que, diversificada a produção agrícola, menos dependente se tornaria a economia nacional, mais reservas cambiais seriam auferidas pela exportação, de modo que o país poderia, mais à frente, investir na própria indústria.

Essa receita acabou não encontrando o respaldo necessário para ser implementada, porque envolveria uma consequente redução dos incentivos até então concedidos de forma privilegiada ao setor cafeeiro, cuja influência política era evidente.³³ Nada obstante, Getúlio Vargas assimilou outra ideia: a de que a industrialização seria uma necessidade para que se atingisse o desenvolvimento econômico.

Essa concepção de desenvolvimento econômico foi nomeada desenvolvimentismo, e tinha quatro premissas fundamentais: a) a pobreza e o subdesenvolvimento podem ser superados pela industrialização; b) o mercado e a livre iniciativa, por si só, não são suficientes para impulsionar o processo industrial, sendo imprescindível a intervenção do Estado; c) o planejamento estatal é o mecanismo apto a definir as metas setoriais e a eleger os instrumentos necessários à persecução delas; d) a presença do Estado na economia é benéfica porque consegue suprir as insuficiências dos particulares.³⁴

Um primeiro passo seria desenvolver a indústria de base e investir em infraestrutura, coisa que até então não se tinha. Isso só seria viabilizado por meio de uma política institucionalizada de forte intervenção estatal, não apenas ocasionalmente, para superar crises quando elas viessem, mas de forma constante e estrutural, criando condições para que o setor privado também fizesse a sua parte. Nesse sentido a empresa estatal se apresentou como o principal motor da industrialização nacional.³⁵

³³ BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.62-63.

³⁴ PEREIRA, João Maria D. **Uma breve história do desenvolvimentismo no Brasil**. Cadernos do Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v.6, n.9, p. 121-141, jul./dez. 2011, p.123.

³⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.22-23.

No intuito de melhor conhecer o funcionamento da estrutura econômica brasileira foi realizada a *Missão Coke*, financiada pelo Brasil e pelos Estados Unidos em 1942 e 1943. O objetivo imediato, no contexto da inserção desses dois países da Segunda Guerra Mundial, foi o de verificar como o Brasil poderia contribuir. Nas palavras de Werner Baer, “foi o primeiro trabalho de pesquisa analítica e sistemática jamais realizado em relação à economia brasileira” e almejava formular um “programa de ação.”³⁶

O relatório concluiu que os principais pontos de estrangulamento do desenvolvimento industrial eram: o inadequado sistema de transportes e de distribuição de combustível; a ausência de capital significativo para investimento em indústria; as indevidas restrições à imigração e ao capital estrangeiro; e a limitada capacidade instalada de produção de energia elétrica.

Certos ou não, os diagnósticos levaram o Estado a agir por meio de planos econômicos, a respeito dos quais as empresas estatais foram relevantes instrumentos de implementação e de execução de políticas públicas – caráter esse reforçado pela própria concepção de que compunham a Administração Pública Indireta, conforme previsto pelo Decreto-Lei nº 200/1967.³⁷ Elas preencheram e desenvolveram setores estratégicos pouco (ou nada) estruturados que, por exigirem elevados investimentos ou

³⁶ BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.63.

³⁷ Adentrar no mérito do que seja planejamento econômico e se o Brasil realmente já o fez, fugiria ao escopo do presente trabalho. Nada obstante, cumpre mencionar o posicionamento de Almiro do Couto e Silva, para quem as expressões “plano” e “planejamento” não se confundem. Planejar significa estabelecer metas e eleger meios para atingi-las. Portanto, “plano” é o resultado do planejamento. Nesse sentido, a própria Constituição e as leis seriam planos, porque fruto do estabelecimento prévio de metas e de estratégias para alcançá-las. A racionalidade e a eficiência em relação aos meios para atingimento dos fins são, portanto, inerentes a todo e qualquer planejamento. COUTO E SILVA, Almiro do. **Problemas jurídicos do planejamento**. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v.27, nº 57, p.133-174. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003, p.133. Egon Bockmann Moreira, citando Washington Peluso Albino de Souza, entende que planejamento econômico é a materialização de uma “política econômica e social ampla, e dela se faz instrumento.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a história do Direito Econômico Brasileiro (parte II: 1956-1964)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p.121-143 JUL./SET.2005, p. 126. Para Werner Baer, dos planos econômicos brasileiros, em geral, não se pode ver um planejamento estatal da economia, porque, em verdade, não passaram de “programas gastos públicos que cobriam um período de cinco anos.” BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.81. Conferir ainda GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.10-23.

por apresentarem baixa expectativa de rentabilidade, até então não atraíram investimentos privados.³⁸

Foi o que ocorreu com a siderurgia de aços planos, com os setores do petróleo, da mineração de ferro e da energia elétrica. A título de exemplificativo, citem-se a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, cuja autorização para criação se deu por intermédio do Decreto-Lei nº 3.002, de 30 de janeiro de 1941³⁹; a Companhia Vale do Rio Doce, implementada pelo Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942⁴⁰; a Petrobras, instituída pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953⁴¹; e as Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras), empresa autorizada pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961.⁴²

Bem ou mal, a forte presença estatal contribuiu para o crescimento da indústria nacional. Entre 1939 e 1945 os setores industriais que mais cresceram foram justamente aqueles cuja importação foi dificultada e aqueles em que as estatais foram criadas. A produção de metal cresceu 9,1%, a têxtil 6,2%, a de calçados 7,8%, a de bebidas e de fumo 7,6%.⁴³

Boa parte desse crescimento se deveu direta ou indiretamente à atuação das empresas estatais. A respeito da Petrobras especificamente, Sulamis Dain lembra que desde a década de 1920 já se reconhecia que o petróleo era a chave da hegemonia industrial e política dos povos.⁴⁴ E neste sentido, um primeiro debate travado foi em relação a sua exploração, se por capital nacional ou estrangeiro. Sob forte discurso nacionalista e embalada pela campanha o petróleo é nosso, a opção foi pela criação de

³⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 135.

³⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.002, de 30 de janeiro de 1941**. Autoriza a constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3002-30-janeiro-1941-412984-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942**. Encampa as Companhias Brasileiras de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A. e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4352-1-junho-1942-414669-republicacao-68227-pe.html>>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Disponível na internet: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2004.htm>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁴² BRASIL. **Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961**. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3890Acons.htm>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

⁴³ BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.59.

⁴⁴ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p. 283.

uma empresa pelo próprio Estado, colocada a serviço do Governo para articular a construção de rodovias do Plano de Metas e que também atraiu investimentos internacionais para a implantação da indústria automobilística no país.⁴⁵

A Companhia Siderúrgica Nacional foi idealizada para ser controlada pelo Estado e para operar em regime de concorrência ao lado de eventuais agentes econômicos que ingressassem no mesmo setor. A ideia também era não depender do tesouro nacional, isto é, ter orçamento anual próprio, autorizado pelo Governo Federal.⁴⁶ A prática de preços administrados, porém, comprometeu a sustentabilidade da empresa, que acabou sendo privatizada no início da década de 1990.

Quanto à Companhia Vale do Rio Doce, ao contrário da maioria das outras, que nasceram voltadas para o mercado interno, a vocação era a exportação. Para viabilizar a extração e o transporte do minério, a companhia tomou empréstimo de US\$ 14 milhões junto ao Eximbank. As cláusulas contratuais impuseram o compartilhamento na administração da atividade econômica e a prioridade de atendimento ao mercado externo. Pra Sulamis Dain, isso explica a trajetória empresarial arrojada da empresa, que dotada de ampla autonomia financeira e gerencial pôde potencializar seus lucros tal como se empresa privada fosse.⁴⁷

A Eletrobras foi criada para realização de estudos e pesquisas, construção e operação de usinas hidrelétricas, de linhas de transmissão e distribuição, bem como para celebração de atos de comércio decorrentes dessas atividades (art.2º da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961). Com a política de privatização dos anos de 1990, a Eletrobras teve seu estatuto social alterado, e é hoje a maior companhia de energia elétrica da América Latina, possui 13 subsidiárias, uma empresa de participações (Eletrobras Eletropar), um centro de pesquisas (Eletrobras Cepel) e é titular de 50% do capital social da Itaipu Binacional.⁴⁸

⁴⁵ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo...**, p. 288.

⁴⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.27.

⁴⁷ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo...**, p.194-195.

⁴⁸ De acordo com o Decreto nº4.559, de 30 de dezembro de 2002I: “Art. 4º A ELETROBRÁS tem por objeto social: I - realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de comércio decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica; II - cooperar com o Ministério, ao qual se vincule, na formulação da política energética do País; III - conceder financiamentos a empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica sob seu controle, e prestar garantia, no País ou no

Werner Baer reconhece que, ainda que o processo de industrialização e desenvolvimento brasileiro tenha se pautado no respeito à propriedade e aos empreendimentos privados, o envolvimento estatal foi mais intenso do que se pôde supor, senão por outros motivos, em razão das limitações financeiras e técnicas da iniciativa privada e da resistência governamental em permitir que o capital estrangeiro assumisse alguns campos de atividade.⁴⁹

As peculiaridades da assunção direta do Estado brasileiro de atividades econômicas até então estranhas a sua função serão analisadas a seguir.

1.2 O CAPITALISMO MONOPOLISTA ESTATAL

Ao contrário de países capitalistas desenvolvidos, onde a oferta de crédito e a concorrência são mais difundidas, economias subdesenvolvidas tendem à concentração de mercados, e a própria política estatal tem sua parcela de contribuição para que isso ocorra. Bresser Pereira explica que os grandes bancos de investimentos estrangeiros e o próprio Estado tendem a financiar apenas os grandes capitalistas – que são justamente aqueles que oferecem maiores garantias.⁵⁰

Além disso, há setores onde a concorrência inviabilizaria a própria atividade, em razão dos altos investimentos necessários e da necessidade de produção em grande escala. A existência de monopólios em alguns setores tem a vantagem de minimizar incertezas e riscos da atividade econômica, seja pela integração vertical (produção de

exterior, em seu favor, bem como adquirir debêntures de sua emissão; IV - conceder financiamentos e prestar garantia, no País ou no exterior, em favor de entidades técnico-científicas de pesquisa sob seu controle; V - promover e apoiar pesquisas de interesse do setor energético, ligadas à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como estudos de aproveitamento de reservatórios para fins múltiplos; VI - contribuir para a formação do pessoal técnico necessário ao setor de energia elétrica brasileiro, bem como para a preparação de operários qualificados, mediante cursos especializados, podendo, também, conceder auxílio aos estabelecimentos de ensino do País ou bolsas de estudo no exterior e assinar convênios com entidades que colaborem na formação de pessoal técnico especializado; VII - colaborar, técnica e administrativamente, com as empresas de cujo capital participe acionariamente e com órgãos do Ministério ao qual se vincule.” BRASIL. **Decreto nº4.559, de 30 de dezembro de 2002.** Aprova a reforma do Estatuto Social da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4559.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

⁴⁹ BAER, Werner. **A economia brasileira.** Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.27.

⁵⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica.** 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 28-36.

insumos até o produto final, com o ciclo completo), seja pela integração horizontal (por meio de atividades complementares e paralelas).⁵¹

Ao longo da Segunda Guerra Mundial, fez parte da estratégia militar destruir não apenas alvos militares, mas também os meios de produção, para enfraquecer ainda mais o inimigo. Do ponto de vista da guerra, o resultado foi um sucesso: na Europa, inúmeras fábricas, galpões, armazéns, cidades e plantações foram completamente destruídos. E para assegurar o abastecimento durante o conflito, os Estados precisaram atuar diretamente na produção de bens e serviços, em especial daqueles diretamente relacionados às necessidades da guerra. A tal fenômeno (verificado com maior intensidade na URSS) deu-se o nome de *comunismo de guerra* ou *planificação da economia*.⁵²

A Europa capitalista também experimentou a nacionalização⁵³ de alguns setores industriais, por força da reivindicação de partidos operários, antes mesmo da Primeira Guerra Mundial, fenômeno conhecido como *capitalismo de Estado*. Após o término do conflito, setores estratégicos, como os de energia, transportes, minas, carvão natural, siderurgia, até então operados predominantemente sob o regime de monopólio, foram assumidos diretamente pelos Estados, para que a reconstrução dos países atingidos fosse feita de forma coordenada e sólida.⁵⁴ Tal política de nacionalização, que por certo

⁵¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 39.

⁵² Mesmo os Estados Unidos, país de forte tradição liberal, experimentaram no período da Grande Guerra a assunção pelo Estado de empreendimentos fundamentais ao fornecimento de suprimentos militares, já que essas atividades nem sempre eram objeto de interesse da iniciativa privada, sobretudo pelos riscos envolvidos, e ainda que o fossem, a segurança nacional estava em risco e o país não poderia depender de poucos industriais. Mais seguro seria tomar a frente dos empreendimentos. Não se trata, pois, de um comunismo de guerra e de uma planificação econômica absoluta, tal como verificado na URSS, mas, em relação ao uso de empresas estatais, as experiências podem ser comparadas. NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 77.

⁵³ Observa Carlos Ari Sundfeld que “nacionalização” designa, neste caso, o que entre nós se chamou de “estatização”. SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.83.

⁵⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 78.

teve influência de forças políticas de esquerda⁵⁵, ensejou o surgimento de um significativo setor empresarial do Estado.⁵⁶

Essa nítida presença estatal, sobretudo na França e na Inglaterra, foi diagnosticada por muitos como um indício de que o objetivo final era a implantação do socialismo. No contexto histórico, esse pensamento ganhou força depois da polarização do mundo entre capitalismo *versus* comunismo ou direita *versus* esquerda. Seja como for, se o objetivo último era o socialismo, em boa parte do mundo a profecia não se realizou. Ao contrário, o setor empresarial do Estado foi posto “a serviço dos lucros privados, numa solução de capitalismo de Estado, em que a propriedade pública se afirmou como uma nova forma de propriedade capitalista (propriedade do estado capitalista).”⁵⁷

A respeito da não contradição da tomada direta dos fatores de produção pelo Estado em um sistema capitalista, onde vige a livre iniciativa, Washington Peluso Albino de Souza esclarece que “para que se preservassem os princípios liberais de ‘não intervir’ e, ao mesmo tempo, fosse praticada a atividade econômica, o Estado passou a se utilizar do expediente de criar empresas e defini-las por lei”.⁵⁸ Por meio dessas empresas foi possível executar políticas públicas e otimizar a reconstrução das economias devastadas ou fortemente afetadas pela Guerra.

Se essas razões foram condicionantes do início de uma nova relação entre Estado e economia nos países de tradição capitalista, nos países subdesenvolvidos, ou de capitalismo tardio, dentre eles o Brasil, os contornos do surgimento das empresas estatais são outros. Uma primeira diferença está no caráter originário e inaugural das estatais brasileiras em seus respectivos setores, ao passo em que as estatais europeias, por exemplo, em boa parte foram um produto da nacionalização ou de estatização de

⁵⁵ Teixeira Ribeiro explica que “De tudo houve um pouco: falou-se em nome da ideologia socialista; reagiu-se contra o colaboracionismo dos grandes industriais; pretendeu-se subtrair a política à pressão dos potentados financeiros e libertar-se dos monopólios a economia; sentiu-se a maravilha das coisas novas...” *apud* NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 79.

⁵⁶ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p. 205.

⁵⁷ NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...**, p. 81.

⁵⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003, p. 349.

empresas privadas já existentes.⁵⁹ Affonso Almiro também admite que a estatização da economia brasileira se deu por razões pragmáticas e utilitaristas, e não por motivos ideológicos de uma tentativa de planificação econômica.⁶⁰

No mesmo sentido é a análise de Alvin Harvey Hanson para quem, em economias frágeis, onde o capital privado disponível é insuficiente para atender às necessidades prementes de infraestrutura e provimento de bens e serviços, e onde os reduzidos recursos da iniciativa privada tendem a se dispersar em atividades outras que não aquelas fundamentais e essenciais, “o desenvolvimento através de empresas públicas é mais uma necessidade do que uma opção”.⁶¹

Para aumentar a produtividade e os postos de emprego, para prestar serviços públicos, para melhorar a qualidade de vida e assegurar um maior controle estatal sobre setores considerados estratégicos, dentre outros objetivos, os governos tomaram (e em alguns casos ainda o fazem) a frente de vários empreendimentos que, fossem outras as condições econômicas e sociais, muito provavelmente seriam deixados a cargo da iniciativa privada.⁶²

No caso do Brasil, como visto, os setores da siderurgia, do petróleo e da energia elétrica foram desbravados e inaugurados diretamente pelo próprio Estado.⁶³ Por serem demandados investimentos vultosos, com retorno financeiro incerto e a longo prazo e com rentabilidade baixa, além de não existir um sistema financeiro suficientemente estruturado no país, não houve alternativa senão o próprio Estado lançar mão de suas próprias empresas para alavancar o desenvolvimento.⁶⁴ Por essa linha de raciocínio, a empresa estatal pode ser considerada uma criação do próprio capitalismo monopolista

⁵⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.24.

⁶⁰ A expressão “estatização” é usada pelo autor para significar a forte presença do Estado na economia nos anos 1950-60. ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p.44.

⁶¹ HANSON, Alvin Harvey. **Autarquias de serviços públicos nos países subdesenvolvidos**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio do Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964, p.34.

⁶² EMMERICH, Herbert. **Instituições autônomas e empresas estatais**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas...*, p. 47.

⁶³ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p. 45.

⁶⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.25

estatal, vez que “é a forma transfigurada do Estado, sua redução a uma dimensão particular no plano econômico.”⁶⁵

O ponto é que o Estado produtor e empresário surgiu não por ser mais eficiente do que os capitalistas privados, mas porque possuía maior capacidade de captar e de concentrar o excedente necessário para a formação das grandes empresas ⁶⁶, sobretudo por meio da poupança forçada. E um sistema capitalista, é preciso poupar para investir.⁶⁷ A ideia oferecida, no entanto, é a de que os próprios particulares poupem e invistam, por intermédio de um sistema financeiro apto a coletar as poupanças dispersas dos rentistas e a transferi-las aos investidores, de forma concentrada.⁶⁸

Uma vez que nos primórdios do processo de industrialização, não havia capital suficiente acumulado por rentistas particulares, o Estado brasileiro passou, ele mesmo, a realizar a premissa essencial, e o fez por meio da poupança forçada. Diversos fundos foram criados com esse propósito, como por exemplo o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o Programa de Integração Social (PIS), o Programa de Formação do Patrimônio do servidor Público (PASEP), entre outros.

Por intermédio do então Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) e do Banco Nacional de Habitação (BNH), o capital acumulado financiou não apenas o setor privado, mas também as próprias empresas estatais.⁶⁹ Tanto que, em 1961, o BNDE subscrevia em nome próprio ou do Tesouro Nacional, um total de 15 bilhões e 252 milhões de cruzeiros em participações societárias, sendo 82% desse montante em empresas estatais, 16,7% em empresas estrangeiras, e 0,4% em empresas nacionais.⁷⁰

Em 1940, apenas 2,8% dos depósitos bancários pertenciam a bancos públicos, ao passo que, em 1962, o percentual subiu para 40%.⁷¹ Depois, em 1972, os bancos

⁶⁵ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p. 46.

⁶⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 53-54.

⁶⁷ Não basta, no entanto, o acúmulo de capital, alguma tecnologia para produzir, a existência de mão de obra para trabalhar e para consumir também compõem o contexto que marcou o desenvolvimento do capitalismo. MONTELS, M. Laffon. **As etapas do capitalismo**. Trad. de Freire Gouvêa. Salvador: Progresso Editora, 1950, p. 127.

⁶⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira...**, p. 53-54.

⁶⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira...**, p. 117.

⁷⁰ A informação foi divulgada na Revista Análise e Perspectiva econômica nº 7, de 20 de agosto de 1962. ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p.31.

⁷¹ ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil...**, p.44.

comerciais controlados pelo Estado eram responsáveis pela absorção de 55% dos depósitos e pela disponibilização de 60% dos empréstimos concedidos pelo sistema financeiro nacional ao setor privado.⁷²

No caso dos países em desenvolvimento, a inserção direta do Estado no sistema financeiro é denominada por Mario Schapiro como coordenação pública da economia de mercado. Tal forma de organização, segundo o autor, permite a um só tempo a mobilização pública da poupança e o controle do ente estatal sobre a alocação dos recursos.⁷³

O âmbito de atuação estatal na economia adquire maior dimensão quando se percebe que, no início de 1970, cerca de 70% dos ativos totais das cem maiores empresas brasileiras pertenciam a empresas públicas. Levando-se em consideração as 25 maiores empresas em termos de ativos físicos, 17 eram públicas. Considerando as 25 maiores empresas quanto ao número de trabalhadores, 8 eram públicas e empregavam 51% da mão de obra deste grupo considerado. Em relação ao valor de vendas, dentre as 25 maiores empresas, 8 também eram públicas e responsáveis por 31% do volume de vendas.⁷⁴

Em 1971, dentre as 500 maiores empresas não financeiras sediadas no Brasil, 59 eram estatais, dentre as quais 36,9% produziam energia elétrica, 19,2% produtos químicos, 15,4% estava no setor siderúrgico, 10,7% no setor de telecomunicações, 5,9% no setor de transporte ferroviário e os restantes 11,9% estavam distribuídos em setores de infraestrutura, serviços públicos e produção de produtos primários. Por outro lado, essas mesmas estatais eram responsáveis pela produção de 80% de toda a energia elétrica consumida no país; pela comercialização de 60% de todo o aço; por 70% do transporte marítimo e por praticamente 100% de todo o transporte ferroviário.⁷⁵ Ainda,

⁷² NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 438.

⁷³ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-19022010-152023. Acesso em: 05 de fevereiro de 2016, p.68.

⁷⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento...**, p. 438.

⁷⁵ Em 1870, apenas quatro companhias britânicas eram proprietárias de 72% da malha ferroviária brasileira. Ainda sobre a malha ferroviária nacional, estima-se que em 1854, existiam no país, 14 km de trilhos. Em 1864 esse número saltou para 474 km; 3.302 km em 1884; 16.306 Km em 1904; e 33.106 Km em 1934. Em 1870, apenas quatro companhias britânicas eram proprietárias de 72% da malha ferroviária brasileira.

80% dos investimentos na produção de petróleo e 80% das exportações de minério de ferro também eram feitos por empresas criadas e administradas por empresas do Estado.

76

A partir desses dados, Avelãs Nunes ajuda a concluir que as empresas públicas são, em geral, maiores do que as empresas privadas, no que diz com os ativos físicos, o que se explica, em grande parte, pelo fato de elas (as empresas públicas) se implantarem, predominantemente, em setores que demandam uma monta elevada de investimento em capital fixo.⁷⁷

Segundo Thomas Trebat, três principais fatores contribuíram para esse expressivo crescimento. Em primeiro lugar, a reforma administrativa trazida pelo Decreto-Lei nº 200/1967, que organizou a administração pública e o próprio setor empresarial do Estado. Em segundo lugar esteve a demanda crescente por infraestrutura e pelo consumo dos bens e serviços produzidos pelas estatais. Por último, mas não menos importante, é citada a diversificação e a expansão das atividades da Petrobras e da Companhia Vale do Rio Doce, que pelo uso de mecanismos societários constituíram subsidiárias e também estabeleceram vínculos acionários com outras empresas privadas.⁷⁸

Essa postura proativa do Estado numa economia capitalista subdesenvolvida não nega – e no Brasil não negou – o espaço da iniciativa privada, nem ameaça a livre iniciativa⁷⁹, e nem próprio capitalismo⁸⁰, ao menos não nesse momento inicial. Ao

BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009, p.42.

⁷⁶ NUNES, António José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 439.

⁷⁷ NUNES, António José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento...**, p. 439.

⁷⁸ TREBAT, Thomas *apud* PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.34.

⁷⁹ Em defesa da forte presença estatal na economia, e em resposta a críticas de toda ordem, o então presidente Geisel, em 1975, fez questão de esclarecer que a atuação do Estado sempre se deu “[num] modelo de desenvolvimento industrial em que o papel principal é claramente reservado à empresa privada à qual cumpre, com o apoio constante de financiamentos e adequados incentivos governamentais, explorar amplos setores de atividade diretamente produtivos. Ao Estado incumbem, basicamente, os empreendimentos na infraestrutura que a iniciativa privada não tenha condições de assumir, pela grandeza dos recursos exigidos ou sua remuneração baixa muito diferida no tempo.” NUNES, António José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 440.

⁸⁰ Marcia Carla Pereira Ribeiro explica que “não há derrogação do princípio da liberdade de iniciativa econômica, mas o acolhimento de um outro princípio que a ele se justapõe: o intervencionismo” RIBEIRO,

contrário, Sulamis Dain aponta que “no que diz com o desenvolvimento das forças produtivas, a empresa estatal não suprime as relações capitalistas, ao contrário, na feliz expressão de Engels, ela as leva ao seu limite”.⁸¹

Avelãs Nunes também partilha desse entendimento e afirma categoricamente que, no caso brasileiro, mesmo com o regime militar e com o nítido crescimento do número de estatais, o Estado “não invadiu nunca as áreas apetecidas pelos investidores privados em razão de sua rentabilidade, não pôs nunca em causa o princípio da livre empresa”, ao contrário, segundo o autor, o que houve foi uma conveniente “divisão de tarefas inerente à estreita solidariedade orgânica estabelecida entre a ditadura militar e o grande capital nacional.”⁸²

Na explicação de Bresser Pereira, tratou-se de dar o *start* do ciclo produtivo: com a criação de grandes bancos públicos, acumula-se capital para investir; criam-se empresas estatais; que produzem bens primários; e que são vendidos a outras empresas que os beneficiam e colocam no mercado consumidor.⁸³

1.3 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E A EMPRESA PÚBLICA

A tomada direta dos fatores de produção pelo Estado, sob a forma empresarial, tradicionalmente resulta ou na associação do capital público ao capital privado, sob o poder de controle do setor público, caracterizando as sociedades de economia mista, ou na presença exclusiva de capital público, o que faz surgir a denominada empresa pública.

Caio Tácito explica que a mobilização de capitais privados para a execução de obras e serviços de interesse coletivo se inicia com maior evidência na segunda metade do século XIX. O crescimento das aglomerações urbanas e o desenvolvimento de novas

Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. 1 ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004, p. 62.

⁸¹ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p. 46.

⁸² NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 440.

⁸³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 53-54.

tecnologias, como iluminação pública, serviço de telecomunicações e saneamento básico tornaram imprescindível o atendimento de toda essa demanda.⁸⁴

O aparato estatal não estava preparado para prestar todos esses serviços de forma adequada, tanto por falta de recursos (que são sempre escassos), quanto pela própria estrutura burocratizada de que dispunha a administração pública da época. Em um primeiro momento, optou-se pelo regime de delegação das atividades a empresas privadas. Bilac Pinto aponta este como o marco inicial da concessão dos serviços públicos industriais (transporte coletivo urbano à tração animal, iluminação pública a gás, estradas de ferro, etc.).⁸⁵

A partir do momento em que a livre iniciativa se mostrou omissa, incapaz ou desinteressada na exploração de alguma atividade econômica considerada de utilidade pública, o Estado Liberal viu na chamada concorrência pública a oportunidade de estimular a competição entre os particulares e ao mesmo tempo se abster de intervir diretamente. Em virtude dessa disputa, haveria a concessão da exploração desses serviços, e o vencedor passaria a poder desempenhar a atividade sob o regime de monopólio autorizado.⁸⁶

Ocorre que, mesmo oportunizando esse privilégio, algumas atividades permaneciam desinteressantes à livre iniciativa, ou pelo alto risco envolvido, ou pelo tempo necessário à amortização dos investimentos, ou pela baixa taxa de retorno, dentre outros fatores. Além disso, já estava em vigor a teoria da imprevisão, de garantias contratuais de preços mínimos e da preservação da equação econômico financeira dos contratos administrativos. Todas essas cláusulas passaram a ser vistas como prejudiciais aos cofres públicos, porque o Estado estava obrigado a arcar com as perdas e eventuais riscos da atividade econômica.^{87 88}

⁸⁴ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: o serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995, p. 2.

⁸⁵ PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.32, p.1-15, abr./jun. 1953, p. 3.

⁸⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** São Paulo: LTr, 2003, p. 356.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas...**, p.3.

⁸⁸ Não se tem a pretensão de analisar a origem e os fundamentos dos contratos de concessão de serviços e obras públicas, tema esse cuja riqueza e relevância demandaria uma pesquisa específica. A menção feita no presente trabalho se dá apenas como um dos elementos possíveis que sirvam de explicação para o histórico surgimento das empresas do Estado. Para a compreensão adequada a respeito das concessões de obras e de serviços público conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço**

Sob essa perspectiva, mais seguro e eficiente do que supervisionar a prestação de serviços de interesse público seria a participação direta do próprio Estado na administração dos negócios.⁸⁹ E isso foi instrumentalizado pela associação de recursos públicos aos privados – mas sob o controle direto do setor público.⁹⁰ Na França, por exemplo, as autarquias de serviços públicos se associaram a concessionárias enfraquecidas; na Itália o Estado adquiriu participações societárias de diversas empresas e bancos, a fim de evitar uma falência completa delas.⁹¹ Segundo Hely Lopes Meirelles, operou-se uma simbiose entre iniciativa particular e o amparo estatal.⁹²

Por meio da sociedade de economia mista se pretendia ponderar a gestão eminentemente egoísta dos particulares e o reivindicado interesse público orientador da presença estatal.⁹³ O tempo não tardou em apresentar uma tensão aparentemente inconciliável entre interesse público e interesse privado.

Os problemas provenientes dessa relação⁹⁴ levaram Fayol a dizer que este tipo de empresa é “um monstro que não vale a pena viver”.⁹⁵ Apesar das dificuldades e das críticas, a sociedade de economia mista continuou existindo, porque permitia, de certa

público. São Paulo: Dialética, 2003; _____. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; e MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁸⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas ...**, p. 350-351.

⁹⁰ As Companhias das Índias Orientais, criada em 20 de março de 1602, e das Índias Ocidentais, em 3 de junho de 1621, são consideradas as primeiras Sociedades Anônimas, que já surgiram justamente com a ideia de sociedades de economia mistas. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. 1 ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004, p. 80. Importante ressaltar que, com tal apontamento histórico, não se pretende fazer uma leitura linear e acrítica das transformações históricas pelas quais passaram as sociedades de economia mista. As sociedades de economia mista do século XVII não são as mesmas do século XX, e muito menos são idênticas as do século XXI. Os contextos sociais, políticos e econômicos de cada período histórico devem ser devidamente contabilizados, ainda que a presença de capital público e privado seja um denominador comum entre elas. Nessa linha de observação, Aliomar Baleeiro explica que o objetivo primordial da Coroa em investir na conquista de mares e terras desconhecidos era sobretudo o de captar recursos para o Erário Real. As chamadas modernas sociedades de economia mista, ao contrário, são instrumentos de intervenção estatal para a persecução de objetivos outros que não a obtenção de receita. *Apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da Economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.63.

⁹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada...**, p. 84.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Autarquias e entidades paraestatais no Brasil**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio do Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964 p. 79.

⁹³ SWAHLEN, Henry. *Apud* PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n. 32, p. 1-15, abr./jun. 1953, p. 5.

⁹⁴ Alguns aspectos dessa tensão serão tratados no capítulo três, quando da análise do papel das empresas do Estado.

⁹⁵ SWAHLEN, Henry. *Apud* PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista...**, p.6.

forma – ainda que por vezes conflituosa - associar as funções públicas à flexibilidade técnica e operacional inerentes à dinâmica empresarial.

Em razão dos graves problemas societários entre acionistas privados e o Estado controlador, ter-se-ia concluído que, para atingir algumas finalidades públicas e imediatas, mais seguro e menos desgastante seria ser o próprio Estado o comandante absoluto da empresa, sem a presença de qualquer acionista privado, ainda que minoritário. A justificativa era a de o benefício principal do modelo empresarial residiria mais na forma de organização e gerenciamento dos fatores de produção, e menos na presença de capital privado.

Nesse sentido, Bilac Pinto defende que as sociedades de economia mista entraram em declínio quando o Estado se deu conta de que poderia, sem a presença, por vezes inconveniente, dos particulares, organizar suas próprias empresas. Neste contexto teriam surgido as empresas em que o Estado era o único acionista – as empresas públicas.⁹⁶

Cotrim Neto discorda da visão de Bilac Pinto a respeito do alegado desprezo e pelas sociedades de economia mista, porque a própria realidade apontaria para o lado oposto. Para Cotrim Neto, o que se teve foi um aumento contínuo “de toda espécie de forma empresarial lançada pelo Estado, (...) As empresas públicas vieram a somar, e não decretar o fim das sociedades de economia mista.”⁹⁷

Em busca das possíveis razões que levaram o Estado a abdicar da presença de capital privado em suas empresas, Cotrim Neto se vale de Laubadère, para dizer que sociedades de economia mista entraram em descrédito com o fim da Segunda Guerra Mundial, sobretudo pelo preconceito em relação ao lucro auferido pelos particulares que se associavam ao Estado, potencializado principalmente pelos monopólios.

A título de exemplo, o autor cita a Constituição francesa de 1946, que já no preâmbulo declarava que todo monopólio de fato ou serviço público seria de propriedade

⁹⁶ Aponta-se que o Reich e os Estados alemães passaram a se valer deste novo modelo empresarial e também das já conhecidas sociedades de economia mista para “dissimular, sob a máscara de organização com aparência privada, uma socialização crescente da produção.” Este fenômeno ficou conhecido por *Kalte Sozialisierung* e, em 1923, foi fundada a *Vereinigte – Industrieunternehmen A. G.*, Berlin (VIAG), sociedade anônima de capital de 600 milhões de marcos, em que o Reich era o único acionista. PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista...**, p. 10-11.

⁹⁷ COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.23-25.

nacional. Daí porque a utilização da empresa pública, cujo capital era exclusivamente público, passou a se tornar cada vez mais comum.⁹⁸ Apesar das divergências, admite-se que a crises internas entre acionistas privados e Estado contribuíram de forma substancial para a invenção da empresa pública.⁹⁹

No caso do Brasil, porém, historicamente preferiu-se a sociedade de economia mista. A explicação de Mario Engler Pinto Junior está na “genialidade política de Getúlio Vargas e de sua natural ambiguidade.” A presença do capital privado se prestava à mobilização e ao envolvimento da população brasileira nos empreendimentos, por meio da difusão do sentimento nacionalista de também ser *dono* da empresa. Com isso, o Governo poupava recursos próprios, posto que os captava com a venda de ações, e ainda obtinha a adesão popular aos programas de governo, o que lhe conferia legitimidade.¹⁰⁰

Muito embora cada país tenha experimentado sua própria história em relação às origens e às funções das sociedades de economia mista e das empresas 100% públicas, Bilac Pinto descreve que, para prestar serviços públicos, de um modo geral, o Estado primeiro se valeu das concessões¹⁰¹, depois das sociedades de economia mista, e por fim das empresas públicas, sem que, as novas modalidades tenham eliminado as anteriores.¹⁰²

⁹⁸ Laubadère *apud* COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito...**, p.24.

⁹⁹ Laubadère *apud* COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito...**, p.24.

¹⁰⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.206.

¹⁰¹ Cabe ressaltar a discussão a respeito da natureza jurídica da atribuição da prestação de um serviço público a uma empresa estatal. Por algum tempo, Eros Roberto Grau, sustentou que estas estatais seriam concessionárias, e não delegatárias de serviço público. Todavia, revendo a questão à luz do art. 175 da Constituição, passou autor a admitir que as estatais prestadoras de serviço público o fazem na condição de delegadas. Isso porque “não celebram nenhum contrato de concessão com o Estado; não manifestam adesão à situação de concessionárias: são constituídas visando à prestação do serviço (...). Para tanto foram criadas como extensões do Estado.” Tal posicionamento, entretanto não está imune a críticas, sobretudo em se tratando de empresa estatal de ente federativo diverso daquele responsável ou titular do serviço público prestado. Os pontos de vista divergentes estão mais bem expostos em GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 138-145.

¹⁰² PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n. 32, p.1-15, abr./jun. 1953, p. 12.

1.4 O PLANO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO E A RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA

A presença do Estado na economia passou a ser intensa. Na década de 1950, havia no Brasil 14 empresas estatais. Entre 1960 e 1970 esse número aumentou para 150, e em 1981 existiam no país para um total de 560, sendo que, só nos anos setenta, foram criadas 259 estatais.¹⁰³ O início da década de 1980 é, portanto, “o ápice da curva ascendente da expansão da ação direta do Estado na atividade econômica.”¹⁰⁴

A Inglaterra foi o primeiro país a realizar um movimento institucional de reequilíbrio das finanças públicas, que se desorganizaram pelo alto custo de manutenção das políticas públicas de bem-estar social. O modelo não mais se sustentava. Uma maneira rápida para obter receita foi a venda de participação societária nas empresas estatais, ocorrida por pressões políticas internas e externas que disseminaram a ideia de a iniciativa privada seria capaz de imprimir maior eficiência às atividades até então assumidas pelo Estado. O discurso do aumento da eficiência gerado pela privatização alcançou eco nos quatro cantos do mundo.¹⁰⁵

No Brasil, já na década de 1970 o sentimento era o de que seria, sim, necessária a redução do tamanho do Estado na economia. A crise fiscal e o descontrole das contas públicas eram evidentes. O modelo do Estado de Bem-Estar Social implementado pelo forte intervencionismo estatal à custa de endividamento externo começou a demonstrar sintomas de que algo precisaria ser modificado. Mas em razão do reconhecimento de que eram as empresas do Estado que apoiavam o setor privado e impediam o ingresso do capital estrangeiro, ainda não se falava em privatização propriamente dita, ao menos não de forma institucionalizada e oficial.¹⁰⁶

A partir da década de 1980, as estatais se tornaram alvo de severas críticas e a elas foi imputada a responsabilidade pela crise econômica, pelo aumento da taxa de

¹⁰³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 55.

¹⁰⁴ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: o serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995, p.5.

¹⁰⁵ Tamanho foi o sucesso do movimento privatizador, que até a China, liderada pelo Partido Comunista, também realizou algumas privatizações. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.44

¹⁰⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica...**, p.48.

inflação, dentre outros males. A fim de apaziguar os ânimos da opinião pública, ou mesmo admitindo que uma mudança de postura seria, de fato, necessária, as estatais tiveram boa parte de seus orçamentos cortados, foram estabelecidas regras mais rígidas para a contratação de pessoal, para a realização de investimentos e para a obtenção de empréstimos. A antes festejada autonomia gerencial foi diminuída, ante a necessidade de expressa autorização presidencial para a constituição de novas subsidiárias.¹⁰⁷

Bresser Pereira explica que o modelo intervencionista que promoveu a política de industrialização nos anos de 1930 não demorou a revelar suas inconsistências. O corporativismo e o clientelismo burocratizaram o país ao ponto de fazê-lo deixar de funcionar. Em relação às estatais, a chamada tecnocracia, implementada por políticas nada republicadas de indicação de dirigentes para as estatais acabou condenando-as à sorte e ao oportunismo de cada governo, sem quadros duradouros e permanentes de empregados, porque não eram realizados concursos públicos.¹⁰⁸

Em 1979, o Decreto nº 83.740 inaugurou o Programa Nacional de Desburocratização, que a partir de 1981 passou a limitar a criação de novas estatais e fixou diretrizes para transferência delas ao setor privado. Dentre os objetivos do Programa estavam a melhoria na prestação dos serviços públicos, a redução da interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário, o fortalecimento da livre empresa mediante a capacitação dela, “quando for o caso, [para] receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado”; o impedimento do crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, com privilégio de contratos com a iniciativa privada e, o que aqui importa destacar, ficou expressamente previsto no Decreto nº 83.740/1979 que o Programa Nacional de Desburocratização teria por objetivo evitar a “criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável

¹⁰⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.37.

¹⁰⁸ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil**. In PETRUCCI, Vera; SCHWARZ, Leticia (organizadoras). *Administração Pública gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, ENAP, 1999, p.21.

a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.”.¹⁰⁹¹¹⁰

No ano de 1985 foi criado o Conselho Interministerial de Privatização, pelo Decreto nº 91.991. Nos termos do art. 3º, poderiam ser incluídas no Programa de Privatização (sempre por Decreto do Presidente da República – art.2º) empresas criadas pelo setor privado, mas que, em razão de inadimplência de obrigações, execução de garantias ou situações análogas tenham passado para o controle direto ou indireto da União; empresas criadas pelo Poder Público que não mais devam permanecer sob o controle e direção do governo Federal, por já existir, sob controle nacional, setor privado suficientemente desenvolvido e em condições de exercer as [mesmas] atividades; e as subsidiárias de estatais, desde que não fossem indispensáveis à execução dos objetivos essenciais das empresas controladoras e que importassem em injusta ou desnecessária competição com as empresas privadas nacionais.¹¹¹

Nos termos do art.4º do mesmo Decreto, as estatais diretamente vinculadas à segurança nacional, bem como aquelas submetidas a monopólio e as demais responsáveis pelo setor de infraestrutura ou de produção de insumos de importância estratégica, cujo controle se justificasse para viabilizar o desenvolvimento do setor privado, sem com ele competir, não teriam o controle acionário transferido à iniciativa privada. Outro elemento significativo de uma mudança da postura do Estado em relação as suas empresas foi a expressa vedação à criação de novas estatais (art.13, inciso I do

¹⁰⁹ Os objetivos do Programa Nacional de Desburocratização foram enumerados no art.3º do Decreto nº 83.740/1979. BRASIL. **Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979.** Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

¹¹⁰ O Decreto nº 5.378/2005 revogou o Decreto nº 83.740/1979 para instituir o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. No texto do novo ato normativo não há qualquer referência expressa à vedação de criação de novas empresas estatais. BRASIL. **Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005.** Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm#art14>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985.** Dispõe sobre o processo de privatização de empresas sob controle direto ou indireto do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91991-28-novembro-1985-442714-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

Decreto nº 91.991/1985). Em 1988 foi editado o Decreto nº 95.886, com se seguinte redação:

Art. 1º. Fica instituído o Programa Federal de Desestatização, com os seguintes objetivos:
 I - transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público;
 II - concorrer para diminuição do déficit público;
 III - propiciar a conversão de parte da dívida externa do setor público federal em investimentos de risco, resguardado o interesse nacional;
 IV - dinamizar o mercado de títulos e valores mobiliários;
 V - promover a disseminação da propriedade do capital das empresas;
 VI - estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade econômica;
 VII - proceder à execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão;
 VIII - promover a privatização de atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais, ressalvados os monopólios constitucionais.¹¹²

Caio Tácito aponta que entre 1979 e 1985, 20 empresas estatais federais foram privatizadas, 3 foram transferidas a governos estaduais, 2 foram objeto de fusão, 14 foram incorporadas e 2 foram transformadas em órgãos da administração direta.¹¹³

Na linha do que já vinha ocorrendo, logo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, ganhou força um expressivo movimento contrário à intervenção do Estado na economia, que também se fundamentou no próprio texto constitucional.¹¹⁴ O Consenso de Washington, apoiado pelo Fundo Monetário Internacional, pelo Banco Mundial, e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico pregou uma política de austeridade, a se iniciar pela redução e pela redefinição do papel do Estado na economia. A imagem das estatais era decadente: não eram competitivas, não investiam em aprimoramento tecnológico e eram facilmente desvirtuadas dos objetivos

¹¹² BRASIL. **Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988.** Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1988/decreto-95886-29-marco-1988-446305-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

¹¹³ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: o serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995,p.6.

¹¹⁴ Explica Washington Peluso Albino de Souza que “com a política de desestatização, essas empresas [estatais] estão sendo vendidas aos particulares sob o argumento de desfigurarem o Estado Mínimo, desviando-o de suas funções essenciais; ou, então, sob alegação de que já teriam cumprido sua missão de suplementar a economia particular, tendo chegado a hora de se retirarem do mercado”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2003, p. 351.

republicanos que haviam orientado sua criação por influência política, e ocupavam indevidamente um espaço que deveria ser assumido pela livre iniciativa.¹¹⁵

Segundo Mario Engler Pinto Junior talvez a principal crítica às estatais, e a mais difícil de ser rebatida, residia no fato de que muitas delas eram deficitárias e dependiam diretamente do tesouro nacional. Em outras palavras, as estatais eram uma despesa grande demais para ser mantida sob a titularidade estatal.¹¹⁶

A queda do Muro de Berlim trouxe à tona do debate político dentre outros temas, qual deveria ser o papel do Estado na economia. Ganhou força o discurso que defendia um Estado chamado Mínimo, cuja função seria a de regulação, a de fiscalização e do fomento da atuação privada.¹¹⁷ Conforme será abordado no próximo capítulo, a ideia de reduzir o tamanho do Estado por meio das privatizações é um dos desdobramentos da aplicação do princípio da subsidiariedade da função estatal.

Na linha dos acontecimentos políticos e históricos, a percepção amplamente divulgada pela grande mídia era a de que as empresas estatais eram ineficientes e geravam prejuízo aos cofres públicos, porque eram um nicho de empregos públicos a ser barganhados politicamente e também porque não se visava o lucro. Ou seja, eram um verdadeiro ralo por onde se desperdiçavam recursos públicos. Desta forma, pretendeu-se, de uma só vez, cessar a fonte de despesas e ao mesmo tempo obter algum dinheiro com a venda de ativos públicos. Eram as privatizações.¹¹⁸

Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao apontar as possíveis razões de ser das privatizações esclarece que podem ser vistas como “reconhecimento da inaptidão estatal na condução de empreendimentos econômicos, efeito da insistente permanência de resultados contábeis e sociais negativos”.¹¹⁹

¹¹⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.47.

¹¹⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica...**, p.47

¹¹⁷ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Os Processos privatizadores nos Estados Unidos e América Latina: tentativa da compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, nº 7, p. 207-224, jul./set. 2004, p. 208.

¹¹⁸ TONINNELLI, Pier Angelo apud FIDALGO, Carolina Barros. **O Governo autointeressado: a intervenção do Estado na economia à luz das teorias do interesse público e do interesse privado**. Revista de Direito Público da Economia – RPDE, Belo Horizonte, ano 10, n.39, jul./set.2012, p. 69.

¹¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. 1ª ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004, p. 158.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que as privatizações ocorridas em diversos países foram movidas por três fatores: financeiros, jurídicos e políticos. No primeiro caso, tratava-se de reduzir os gastos públicos com estatais deficitárias; juridicamente havia a necessidade de retomar formas de gestão privadas dos serviços públicos, sem as amarras próprias do funcionamento da administração centralizada verificada mesmo sobre os entes descentralizados; no plano político, a influência neoliberal defendia a substituição do Estado pela iniciativa privada, cuja dinâmica operacional lhe conferiria maior eficiência na prestação dos serviços.¹²⁰

Seja como for, a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 instituiu o Programa Nacional de Desestatização¹²¹ e revelou, já no art.1º, quais eram os objetivos a ser alcançados:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.¹²²

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.29

¹²¹ A “desestatização”, segundo Egon Bockmann Moreira, quer significar a “transferência de empresas, bens e serviços públicos às pessoas privadas [e] pode se dar de modo formal ou substancial”. No caso da desestatização absoluta ou substancial, o Estado abdica da titularidade, ocorrendo o fenômeno da privatização: “Os bens ou fatores de produção saem por completo de um setor da Ordem Econômica (o público) e ingressam noutro (o privado).” Na desestatização formal, a titularidade permanece sendo do Estado e à iniciativa privada é transferida a gestão ou execução dos serviços. É o que ocorre nas concessões e nas permissões de serviços públicos. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 21-24.

¹²² BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015. BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

A análise feita por Mario Engler Pinto Junior é a de que, assim como ocorreu com o processo de criação das empresas estatais na década de 1940, os fatores que levaram às privatizações não foram ideológicos, mas objetivaram resolver o grave desequilíbrio das contas públicas. Por aqui, as estatais padeciam de duas causas disfuncionais, segundo o autor. Em primeiro lugar a predominância de interesses corporativistas despreocupados com o interesse público, o que levava à tomada de decisões empresariais em prejuízo da própria empresa em benefícios alheios. Além disso, a adoção de processos rígidos e burocráticos minou a capacidade de atuação dinâmica no setor em que estavam inseridas as empresas estatais.¹²³

A respeito especificamente da privatização do setor de telecomunicações, Floriano Azevedo Marques Neto destaca que a redação original o art. 21, XI da Constituição Federal previa o monopólio da União para a exploração dos serviços de telecomunicações, levado a cabo pela TELEBRAS, sociedade de economia mista cuja criação foi autorizada pela Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972. Com o avanço da tecnologia, e ciente de que o Estado não poderia prestar todo e qualquer serviço a esse respeito, permitiu-se uma abertura para que a iniciativa privada também prestasse alguns serviços, usando a chamada rede pública de telecomunicações.¹²⁴

Segundo explica o autor, a crença proposta (talvez real naquele período histórico) era a de que referido serviço, por sua própria natureza, consistia em um monopólio natural, já que as informações eram transmitidas por um emaranhado de cabos e fios, cujo custo de instalação e de manutenção inviabilizaria a concorrência. A nova redação dada art., 21, XI pela Emenda Constitucional nº 19/1998, permitiu a prestação dos serviços de telecomunicações sob o regime público (concessão ou permissão) ou sob regime privado (autorização). Instalada a concorrência, a privatização foi apenas uma consequência previsível, naquele contexto.

¹²³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.49.

¹²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito das Telecomunicações e Anatel**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.303-304.

Segundo dados oficiais¹²⁵, a partir de 1990, 41 empresas estatais federais foram privatizadas¹²⁶, dentre elas talvez um dos casos mais lembrados seja o da Companhia Vale do Rio Doce, privatizada em 06 de maio de 1997.¹²⁷

Para Caio Tácito, com a ressignificação do papel do Estado na economia, o pêndulo que antes favorecia o setor público na exploração direta de atividades econômicas, foi revertido em benefício da exploração privada dessas mesmas atividades.¹²⁸ Isso, porém, não significou o desaparecimento do Estado do cenário econômico, já que algumas estatais foram mantidas e outras formas de fiscalização e de regulação foram incrementadas.¹²⁹

É essa também a percepção de Egon Bockmann Moreira e de Leila Cuéllar, ao discorrerem sobre a sofisticação da intervenção regulatória ou normativa.¹³⁰ Alguns setores que antes estavam regulados por poucos diplomas normativos foram submetidos às normas das agências reguladoras que a cada dia editam um sem número de novas regras.¹³¹

¹²⁵ A relação completa das empresas estatais federais e do respectivo ano em que foram privatizadas encontra disponível no site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/univest_privatizada_s.pdf/viewf>. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

¹²⁶ A título de curiosidade, data de 1968 o primeiro caso de venda de uma empresa pública a empresários privados. A Fábrica Nacional de Motores foi alienada à Alfa Romeo. NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 441.

¹²⁷ Segundo noticiado pela Revista Época, entretanto, entre o final dos anos 80 e o início dos anos 2000, o Governo Federal “se desfez” de 68 empresas estatais, dos mais variados setores. CORONATO, Marcos; FUCS, José. **O Estado Ltda**. Revista Época, São Paulo, n. 682, 13 jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI240676-15223,00-ESTADO+LTDA.html>>. Acesso em 16 de 05 de janeiro de 2015. Esta diferença (68 para 41) em relação aos dados oficiais se explica, em parte, pelo fato de terem sido considerados pela reportagem estatais pertencentes também aos demais entes federativos, e não apenas à União Federal.

¹²⁸ TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: o serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995, p.9.

¹²⁹ Aliás, a falácia de que as privatizações materializaram um ‘Estado Mínimo’ e trouxeram consigo uma desregulação dos mercados é rebatida por Steven K. Vogel. A análise por ele realizada em países que experimentaram a retirada da presença direta do Estado da economia revela que a globalização e a privatização, ao contrário do que defendem alguns, não fizeram mercados mais fortes em detrimento de governos mais fracos. Nas palavras do autor, “I suggest that what we have witnessed has been reregulation, not deregulation. That is, the governments of the advanced industrial countries have reorganized their control of private sector behavior, but not substantially reduced the level of regulation (...) Analysts tend to view governments and markets as having a zero-sum relationship, as if more of one necessarily implied less of the other.” VOGEL, Steven Kent. **Freer markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial countries**. United States of America: Cornell University, 1996, p.4-5.

¹³⁰ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. 1 ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. v.1, p. 53.

¹³¹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico...**, p. 53.

Maria Silvya Zanella Di Pietro cita Marcello Clarich para concluir que “privatizar as empresas públicas significa redefinir o âmbito das relações ente Estado e mercado. E, como ocorre em qualquer relação de complementariedade, se muda a configuração de um dos elementos do conjunto, muda-se todo o sistema.”¹³²

As privatizações, para o bem ou para o mal, resultaram na redefinição do próprio papel do Estado em relação à economia e, se por um lado houve uma renúncia ao papel protagonista de Estado empresário, por outro verificou-se a necessidade de assumir uma postura mais forte na área da regulação e dos mecanismos de incentivo à iniciativa privada.¹³³ Nos próximos capítulos serão tratadas as algumas das implicações dessa mudança a partir da ideia de subsidiariedade da intervenção do Estado.

1.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

O surgimento declarado das empresas estatais no Brasil coincide com o início do processo de industrialização e desenvolvimento do país, a partir da década de 1930/1940, fruto da política desenvolvimentista nacional, que tinha na intervenção direta como um dos mecanismos propulsores da industrialização e do desenvolvimento econômico. Para além de outras formas de atuação do Estado, que também tiveram sua parcela de contribuição (ainda que de forma isolada, como por exemplo no caso da política protecionista em relação ao setor cafeeiro, que assegurou o nível de consumo interno durante o início da crise de 1929), o crescimento econômico verificado obteve os expressivos resultados em boa parte graças à atuação das estatais em setores estratégicos (siderurgia, infraestrutura, petróleo, energia elétrica, etc.), sem os quais a própria iniciativa privada provavelmente também não teria se desenvolvido da forma como o fez.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.30.

¹³³ Para Marcello Clarich, “privatizar as empresas públicas significa redefinir o âmbito das relações entre Estado e mercado. E, como ocorre em qualquer relação de complementariedade, se muda a configuração de um dos elementos do conjunto, isto é, a estrutura do mercado não mar caracterizada pelas empresas públicas -, muda necessariamente a configuração do elemento complementar – isto é, a estrutura do Estado que renuncia ao papel de empresário.” *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.30.

A intervenção direta do Estado brasileiro na economia não significou (e ainda não significa), por si só, nem a declaração de um modelo socialista, e muito menos, a negação do capitalismo.¹³⁴ As estatais, em si, não foram (e ainda não são) nem socialistas e nem capitalistas. São um instrumento com potencial amplo para realizar os mais variados objetivos propostos. Nas palavras de Sulamis Dain, a existência das estatais nos sistemas capitalistas contemporâneos, tardios ou desenvolvidos, visa a garantir um “patamar mínimo de provimento de bens e de serviços e de regulação da competição (...) independente do substrato ideológico do Estado.”¹³⁵

No comunismo, materializaram a planificação econômica e conferiram ao Estado pleno controle do que, como, quanto, onde e quando produzir. No capitalismo dito puro, em especial na Europa, as estatais são fruto da nacionalização ou da estatização de empresas privadas em um contexto Pós-Guerra para reconstruir países destruídos pelo conflito armado.

Nos países de desenvolvimento tardio, como no caso do Brasil, as estatais tiveram caráter originário e inaugural em seus respectivos setores de atuação, tendo se prestado a desenvolver atividades pouco ou nada interessantes à iniciativa privada, mas fundamentais ao desenvolvimento econômico, iniciado pela industrialização substitutiva de importações. Nas palavras em Mario Engler Pinto Júnior, elas surgem historicamente para “ocupar espaços vazios deixados pelo setor privado, e não como propósito de disputar o mercado.”¹³⁶

Por essa razão, acabaram desempenhando função regulatória de organização e de estruturação de toda uma cadeia produtiva, reunindo condições para o fortalecimento da iniciativa privada. Não fosse a postura tomada pelo Estado naquele momento, para Mario Engler Pinto Junior, “a industrialização no Brasil não teria ocorrido com a mesma

¹³⁴ A respeito da política desenvolvimentista adotada na Era Vargas, Bresser Pereira enuncia que a política desenvolvimentista adotada não foi “uma estratégia nacional de desenvolvimento de esquerda ou de direita”, mas foi o resultado de uma hegemonia, de uma coalizão de classes nacionalistas da qual fazem parte empresários, industriais, burocracia pública e trabalhadores. Implica, portanto, um acordo social entre a centro-direita e a centro-esquerda.” PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimentismo: ideologia do desenvolvimento econômico dos países retardatários.** In Entrevista realizada por Graziela Wolfart, da Revista do Instituto Humanitas Unisinos, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=4931>>. Acesso em 18 de dezembro de 2015.

¹³⁵ DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo.** Campinas: Editora da Unicamp, 1986, p.204.

¹³⁶ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.26.

rapidez e extensão. A opção pela estatização originária do parque produtivo serviu de atalho para elevar o patamar industrial do país. ”¹³⁷

A doutrina sugere que as modernas sociedades de economia mista precederam às empresas públicas, sobretudo na prestação dos serviços públicos, já que o conflito de interesses entre acionistas privados e o interesse público de que era portador o Estado controlador parecia inconciliável. A assunção da forma empresarial é justificada pela dinâmica dos mecanismos internos de funcionamento da atividade empresarial, que confeririam maior eficiência à Administração Pública.

A partir do início da década de 1980, o descontrole das contas públicas e a crise fiscal, além da propagada - e constatada – ineficiência colocaram as estatais institucionalmente em discussão. As privatizações foram implementadas com um duplo objetivo declarado: obtenção de receita para aliviar o déficit orçamentário e a cessação de vultuosos gastos com a manutenção de atividades empresariais ineficientes. Nas palavras de Caio Tácito, o pêndulo que antes apontava na direção do setor público, agora apontava para o setor empresarial privado.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o Estado se retira da tomada direta dos fatores de produção, aumenta sua responsabilidade pela regulação, fiscalização, incentivo e fomento da iniciativa privada. As privatizações não fizeram desaparecer o Estado, mas apenas alteraram sua função primordial. Na classificação proposta, a diminuição da intensidade de atuação direta aumenta e amplia as formas de intervenção indireta no domínio econômico.

¹³⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal...**, p.40.

2 A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 A ORDEM ECONÔMICA

O TÍTULO VII da Constituição Federal de 1988 trata Da Ordem Econômica e Financeira, onde estão previstos os fundamentos, os objetivos e os limites orientadores da relação entre Estado e economia.¹³⁸

A livre iniciativa e o valor social do trabalho estão postos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e também da ordem econômica (art. 170 *caput*). O *status* constitucional da valorização do trabalho humano se deve à influência da Doutrina Social da Igreja, que concebe o trabalho como uma atividade nobre e digna por parte dos indivíduos enquanto seres humanos, que têm não apenas o direito, mas também o dever ao trabalho, senão por outra razão, pela necessidade de subsistência e de colaboração em sociedade.¹³⁹

O constituinte, ao inserir os valores do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República e da Ordem Econômica, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, reconheceu “a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade.”¹⁴⁰ Ou seja, fez-se uma escolha pela possibilidade do fracasso livre em vez de um dirigismo estatal absoluto, supostamente garantidor da estabilidade, da segurança ou do bem de todos.

¹³⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) - Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹³⁹ NICZ, Alfredo Alvacir. **Iniciativa privada versus iniciativa estatal**. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – jul./set. 2004. Ano 41, nº 163, p.274.

¹⁴⁰ *Apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15ª ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.204.

A liberdade econômica é apenas uma das manifestações e não traduz todo alcance da livre iniciativa. Trata-se, antes, de um dos desdobramentos da liberdade, que deve ser entendida como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de condutas e de resultados, já que não se pode considerar “livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.”¹⁴¹

Luís Roberto Barroso compreende os princípios da ordem econômica a partir de duas modalidades: os princípios de funcionamento, isto é, aqueles que disciplinam a dinâmica das relações produtivas; e os princípios-fins, que revelam os objetivos a serem alcançados. Dentre os princípios de funcionamento estão aqueles enumerados nos incisos I a IV do art.170 da Constituição: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. No rol dos princípios-fins estão: a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego, a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.¹⁴²

Da análise de todos esses princípios, que devem ser interpretados de forma sistemática e harmônica, é possível afirmar que a exploração das atividades econômicas foi reservada de forma privilegiada aos particulares. Ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, foi incumbida a função primordial de fiscalização, de incentivo, de planejamento (art. 174 caput)¹⁴³ e a responsabilidade pela prestação de serviços públicos (art. 175, caput). À União foram atribuídos monopólios (art. 177)¹⁴⁴, que

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15ª ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 199.

¹⁴² BARROSO, Luis Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.226, p.187-2102, out./dez.2001, p.197.

¹⁴³ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

¹⁴⁴ “Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás

podem ser explorados mediante contratação de empresas estatais ou privadas (art. 177, § 1)¹⁴⁵.

Cabe ao Estado, disciplinar a observância dos princípios de funcionamento da ordem econômica por meio da edição de normas e pelo incentivo à iniciativa privada por meio de fomento e outros mecanismos. A intervenção direta para a exploração da atividade econômica é regida pelo princípio da subsidiariedade.¹⁴⁶

Nos termos do art.175 da Constituição Federal, é atribuição do Estado a prestação de serviços públicos, diretamente, ou sob regime de concessão ou de permissão, sempre através de licitação¹⁴⁷. O Estado é titular desses serviços, ou seja, é o responsável por fazer com que eles sejam prestados aos cidadãos, ainda que possa escolher executá-los diretamente ou por meio de concessão ou de permissão. Dizendo de outro modo, a execução e a gestão do serviço podem ser transferidas aos particulares, mas não a titularidade, essa continua exclusiva do Estado.

Aos Municípios foram reservados serviços públicos de interesse local, nos termos do art.30 da Constituição.¹⁴⁸ Aos Estados foi atribuída competência residual, (exceto a distribuição de gás canalizado, cuja competência é expressa na Constituição (art.25, §§1º e 2º da Constituição), ou seja, em não sendo da União, nem dos Municípios, cabe aos Estados a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos.¹⁴⁹

natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.”

¹⁴⁵ “Art.177 (...) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”

¹⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115.

¹⁴⁷ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

¹⁴⁸ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

¹⁴⁹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição; § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995).”

A partir desse breve panorama a respeito da ordem econômica, cabe aprofundar especificamente a previsão constitucional que prevê a possibilidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado. É, pois, o que adiante se fará.

2.2 AS HIPÓTESES DO ART. 173 CAPUT

O art.173 da Constituição Federal prevê que para além dos casos expressamente previstos na própria Constituição, somente quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, nos termos da lei, poderá o Estado explorar diretamente a atividade econômica.¹⁵⁰

André Saddy vê o enunciado da norma como uma permissão de conduta ao Estado que, diante de situações de imperativo à segurança nacional ou para atender a algum relevante interesse coletivo, teria a possibilidade de explorar ou não a atividade econômica.¹⁵¹ Essa discricionariedade em potencial, como não poderia deixar de ser, possui limites, informados pelo ordenamento jurídico.

Uma primeira condicionante é a competência para intervenção direta na economia. Observa Eros Grau que a lei específica que autoriza a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista (art.37, XIX) deve explicitar o relevante interesse coletivo ou o imperativo à segurança nacional no caso concreto.¹⁵²

Mario Engler Pinto Junior percebe que a exigência de lei específica almeja não apenas evidenciar o interesse público justificador da criação de um ente da Administração Pública Indireta, como também evitar um crescimento desmensurado da Administração Pública como um todo.¹⁵³

¹⁵⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

¹⁵¹ SADDY, André. **Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira**. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015, p.119

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.277.

¹⁵³ É a constatação de Mario Engler Pinto Junior quando da análise da ADI nº 1.491/DF, da ADI nº1.840-2/DF e da ADI nº1.649/DF. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.269.

Pelo aspecto formal, a lei apta a definir um imperativo à segurança nacional é apenas lei federal, pois a União detém competência privativa para legislar sobre defesa nacional (art. 22, XXVIII). Além disso, a iniciativa do processo legislativo, nas hipóteses dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição¹⁵⁴, por força do art. 61, §1º, II, “e”, também é privativa do Chefe do Poder Executivo.¹⁵⁵

O raciocínio complementar a essa estipulação é o de que qualquer lei estadual, distrital ou municipal que invoque algum motivo de segurança nacional para a criação de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista padece de vício formal de origem.¹⁵⁶

A respeito do relevante interesse coletivo, definido à luz dos princípios constitucionais orientadores da ordem econômica e de toda a Constituição, pode ser veiculado tanto por lei federal quanto por lei estadual, pois União e Estados-membros detém competência legislativa concorrente para legislar sobre Direito Econômico, nos termos do art. 24, I da Constituição.¹⁵⁷

Para além da competência legislativa, a Constituição Federal não delinea expressamente o que seja *segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, fato que levou Manoel Gonçalves Ferreira Filho a concluir que, em última análise, não haveria “garantia segura e efetiva contra o avanço da estatização na economia.”¹⁵⁸

¹⁵⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.”

¹⁵⁵ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI. ”

¹⁵⁶ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional. ”

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 280-281.

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 367.

André Saddy explica que a dificuldade de determinação dos sentidos normativos dessas expressões se deve a três incertezas semânticas: a vagueza, a polissemia e a textura aberta. São o que a doutrina costuma denominar de conceitos jurídicos indeterminados.¹⁵⁹ Ante a impossibilidade de abranger toda e qualquer hipótese, a vagueza e a polissemia se prestam justamente a permitir uma melhor decisão ao caso concreto. Em última análise, a lei específica que cria uma empresa estatal para a exploração da atividade econômica deverá explicitar o relevante interesse coletivo ou o imperativo à segurança nacional.

Ainda que isso seja verdade, Marçal Justen Filho antecipa que, em matéria de *segurança nacional*, necessariamente devem estar em risco real a independência e soberania nacionais.¹⁶⁰ Eros Grau, por sua vez, afasta qualquer pretensão de que se atribua à segurança nacional o mesmo sentido pretendido pela Emenda Constitucional nº 01/1969. Neste último caso, tratava-se de garantir a segurança do Estado contra a própria sociedade.¹⁶¹

No que respeita ao relevante interesse coletivo, a margem de liberdade do legislador é mais ampla, muito embora também não seja ilimitada ou absoluta. Associar o relevante interesse coletivo à ideia de interesse público, porém, não parece resolver o problema de delimitar o alcance da expressão, sobretudo por também se tratar de conceito equívoco e já bastante desgastado. A propósito da análise dos critérios

¹⁵⁹ A respeito dos conceitos jurídicos indeterminados na doutrina brasileira, vale mencionar Marçal Justen Filho: “O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor não pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 124). Eros Roberto Grau, por sua vez, diferencia “termo” de “conceito” e sustenta que “todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito. Assim, a reiteradamente referida ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.146-147).

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.866.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.280.

tradicionalmente utilizados para orientar e justificar a escolha pública na alocação de recursos e na implementação de políticas públicas, Rodrigo Luis Kanayama, conclui que a utilização do interesse público ou da supremacia do interesse público é arriscada. Em última análise, “o processo político (...) não permite que se defina peremptoriamente, o que se entende pelo termo, pois é fluido, varia conforme a decisão a ser tomada.”¹⁶²

Egon Bockmann Moreira sugere três critérios para uma intervenção estatal compatível com a ordem econômica. Num primeiro momento, deve-se afastar a superfluidade, tanto no plano regulatório como no da intervenção produtiva.¹⁶³ Em segundo lugar, deve haver transparência da demanda social (como por exemplo, calamidades públicas, crises econômicas, ou falhas estruturais, pontos de estrangulamento, saúde, educação, etc.) que permita o controle dessa intervenção. Em terceiro plano, a atividade interventiva deve sem mostrar eficiente jurídica e economicamente. “Os custos [econômicos e sociais] arcados no processo interventivo não de ser inferiores aos benefícios por ele gerados.”¹⁶⁴

Para Marçal Justen Filho a interpretação do art. 173 *caput* da Constituição deve ser orientada pelo princípio da subsidiariedade, isto é, a intervenção estatal “se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado o e satisfatório certa necessidade.”¹⁶⁵ No caso dos serviços públicos, porém, não se poderia falar em subsidiariedade, porque “o serviço público é reservado de forma primária ao

¹⁶² KANAYAMA, Rodrigo Luis. **Direito, política e consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 2012. 218f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/08/2012, p.161.

¹⁶³ Em 30 de maio de 2010, o Jornal o Globo noticiou um levantamento realizado pela ONG Contas Abertas divulgou um levantamento em que, incluindo as estatais, a União Federal possuía R\$ 180,881 bilhões em participações societárias. Houve um aumento de 50,9% desde 2005, quando o total de participações era de 119,815 bilhões. Constatou-se que o Estado era sócio de hotéis, centros de convenções, indústrias de bebidas (Ambev), bancos, cooperativas, fábricas de ração etc. Descobriu-se ainda que até o início dos anos 2000 a União detinha parcela (módica) do capital social (R\$ 275,05) de uma confecção de roupas íntimas. Tratava-se da *Lingerie Royale*, situada no Polo Industrial de Manacaraú, Região Metropolitana de Fortaleza. Ainda que esta empresa não se enquadrasse no conceito de “empresa estatal”, o Estado era dela um sócio. Disponível na internet: <<http://www.contasabertas.org/WebSite/Midias/DetalheMidias.aspx?Id=1566&AspxAutoDetectCookieSupport=1>>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

¹⁶⁴ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. v.1, 1 ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.94.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.862.

Estado, podendo ser concedido o seu exercício aos particulares. Não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas).”¹⁶⁶

André Saddy sustenta, no entanto, que mesmo diante de hipóteses em que se possa invocar algum imperativo à segurança nacional ou algum relevante interesse coletivo, em um primeiro momento deve-se optar pelo o estímulo à empresa privada por mecanismos de incentivo em vez de intervir diretamente.¹⁶⁷ Esse posicionamento também é partilhado por César A. Guimarães Pereira em relação à decisão estatal pela prestação de serviços públicos de forma direta ou mediante concessão ou permissão. Para o autor, uma vez que os recursos são escassos, a decisão por uma ou por outra via deve considerar a melhor forma possível de atendimento aos usuários.¹⁶⁸

A mesma conclusão chega Marcos Juruena Villela Souto, sob o argumento de que o art.173 da Constituição não exclui a iniciativa privada de explorar essas mesmas atividades econômicas, mas apenas legitima a participação estatal em regime de concorrência com os particulares. O raciocínio seria aplicável à prestação de serviços públicos, que mesmo sendo de responsabilidade primária do setor público, devem ser prestados, na medida do possível, pela iniciativa privada, por meio concessão, permissão ou autorização.¹⁶⁹

Diante da análise feita, pode-se perceber que a doutrina parte da ideia de subsidiariedade para a explicação do art.173 da Constituição, que permite ao Estado a exploração direta da atividade econômica. O raciocínio pode ser assim explicado: primeiro deve ser identificada alguma necessidade por parte dos indivíduos em sociedade; depois se, por alguma razão, os próprios indivíduos não puderem suprir essa necessidade, deve o Estado intervir para o problema seja equacionado. O próximo tópico pretende compreender a origem histórica e o alcance do princípio da subsidiariedade,

¹⁶⁶ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. v.1,1 ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.94.

¹⁶⁷ SADDY, André. **Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira**. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015, p.123.

¹⁶⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988**. In CLÊVE, Clemerson Merlin (coordenador.); PEREIRA, Ana Lúcia Pretto (coordenadora assistente). **Direito Constitucional brasileiro: volume III: constituições econômicas e social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 259.

¹⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da Economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.68.

bem como o tratamento a ele dado pelas constituições brasileiras, inclusive na Constituição de 1988.

2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA ORDEM ECONÔMICA

Etimologicamente, a palavra subsidiariedade decorre da expressão latina *subsidium*, que remete à ideia de socorro, ajuda ou auxílio extraordinário ou mesmo de algo secundário. Portanto, para que se diga que algo é ou deve ser subsidiário, ou secundário, é preciso delimitar competências e estabelecer quem pode ou deve agir em primeiro lugar.¹⁷⁰ No plano social, a noção de subsidiariedade defende as individualidades frente aos grupos e às autoridades a que estiverem vinculados os sujeitos, nos diversos espaços de relacionamento. Em outras palavras, as coletividades servem aos indivíduos, e não o contrário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que o princípio da subsidiariedade foi formulado pela Doutrina Social da Igreja com maior clareza na Encíclica *Quadragesimo Anno*, cuja transcrição parcial é feita pela autora:

[A]ssim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetivar com a própria iniciativa e indústria, para conferi-lo à coletividade; do mesmo modo, passar para uma sociedade de maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podem conseguir é uma injustiça, um grave dano à perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e de sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los. (...) quanto mais perfeita a ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função subsidiária dos poderes públicos, tanto maior autoridade terão estes, tanto mais feliz e promissor será o Estado da nação.¹⁷¹

Desenvolvendo esse raciocínio, numa escala de prioridade, os indivíduos, livres que são, devem ter a oportunidade de satisfazer suas necessidades, na medida do possível, eles próprios no âmbito familiar; subsidiariamente em clubes ou na Igreja; depois nas cidades; posteriormente nos estados membros; e apenas em última *ratio* a União interviria.¹⁷²

¹⁷⁰ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.9-13.

¹⁷¹ *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.26-27.

¹⁷² *APUD* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 43-52.

Conquanto tenha origem no plano filosófico, religioso e social, a noção de subsidiariedade foi apropriada por discursos políticos e acabou cobrando status jurídico em diversos países, de forma explícita (no caso de Portugal, que prevê a atuação subsidiária do Estado como um todo)¹⁷³ ou de forma implícita (no caso da Alemanha, que a entende como inscrito na tradição histórica, sem a necessidade de positiva-la). É comum, por exemplo, que se diga que o direito penal é um direito subsidiário em relação à proteção dos bens jurídicos, ou seja, só deve incidir em última *ratio*, apenas quando outros meios possíveis e mais eficazes de proteção não puderem agir ou já tiverem falhado. O raciocínio também se aplica à própria pena privativa de liberdade, que deve ser preterida em relação a outras sanções, como as penas de multa ou restritiva de direitos.¹⁷⁴

No campo da política, Gustav Gundlach anunciou que a subsidiariedade se manifesta na noção de federalismo, vez que esse modelo de organização preserva a autonomia dos diversos agrupamentos históricos, facilita a proteção das minorias, reforça a democracia e a participação. Com a divisão horizontal e vertical de competências, os entes federativos podem, eles mesmos, ter a liberdade e a oportunidade de resolver seus próprios problemas locais da maneira que melhor lhes convier. Caso isso não seja possível ou viável, os demais entes federados atuariam subsidiariamente para auxiliá-los.¹⁷⁵

José Alfredo de Oliveira Baracho explica o princípio da subsidiariedade da seguinte forma: “[q]ue a autoridade [Estado] só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos.” Uma vez realizada a intervenção, dever-se-ia ter em vista seu caráter temporário, posto que deveria cessar “assim que os particulares manifestem capacidade

¹⁷³ Trata-se do art.6º, 1 da Constituição de Portugal de 1976: “Artigo 6.º (Estado unitário) 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.”

¹⁷⁴ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.82-87.

¹⁷⁵ APUD BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 43-52.

para resolver o problema sem ajuda alheia.” O princípio da subsidiariedade é, pois, um critério de organização social.¹⁷⁶

O fundamento é o de que se uma mesma atividade puder ser realizada pelos indivíduos com a mesma eficácia que poderia ser desenvolvida pelo Estado, a prioridade deve ser dos primeiros. Neste sentido é que o princípio da subsidiariedade se manifesta sob dois aspectos, um negativo e um positivo. Negativo porque significa um verdadeiro limite à intervenção estatal – um dever de abstenção. Positivo na medida em que justifica e impõe ao Estado o dever de agir - quando for o caso.^{177 178 179}

No que respeita ao objeto de análise do presente trabalho, em relação especificamente à postura estatal quanto ao relacionamento com a economia, oportuna seja feita uma breve análise do tratamento dado pelas constituições brasileiras anteriores.

Washington Peluso Albino de Souza ensina que as Constituições liberais de 1824 e 1891, ao não preverem hipóteses de intervenção estatal na economia, expressaram um dever de abstenção do Estado em relação à economia.¹⁸⁰ Explica Eros Grau que o liberalismo “supunha a conveniência da omissão do Estado em relação à dinâmica do processo econômico”. Desta forma, “o *laissez-faire, laissez-passer* abria campo às manifestações da mão invisível, projeção da soma dos egoísmos individuais, que levaria a sociedade aos seus melhores destinos.”¹⁸¹

¹⁷⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.37.

¹⁷⁷ GUNDLACH, Gustav, *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.50.

¹⁷⁸ Nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, “[A] tarefa principal do Estado consiste em estabelecer, como garantia final, o cumprimento do bem comum e da solidariedade. O Estado só deve agir, por ele próprio, quando existe necessidade real, que não tenha sido atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos. O Estado não é o substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos capazes de corresponder ao interesse geral.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade...**, p. 65.

¹⁷⁹ Não se tem aqui a pretensão de esgotar todas as facetas, implicações e transformações históricas do princípio da subsidiariedade. Para uma compreensão aprofundada do tema, conferir BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade...**; MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁸⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003, p. 320.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 60.

A inspiração liberal clássica defendia a autonomia da vontade como fator caracterizador das liberdades individuais. Mesmo assim se reconhecia que os indivíduos não se bastavam a si próprios, não eram autossuficientes com relação a tudo. A segurança, ou a falta dela, por exemplo, era algo que escapava ou mesmo tolhia a plena realização da liberdade. O contrato social em Locke visa justamente à necessidade de se por fim ao estado de natureza, fazendo nascer o Estado, uma manifestação do poder soberano com deveres frente aos indivíduos, aos quais devem ser asseguradas a liberdade e a propriedade.¹⁸²

Aproximando-se essa ideia ao tema ora desenvolvido, pode-se dizer que o Estado Liberal nasce subsidiário, com a função de garantir o que os indivíduos, por si só, não poderiam obter. Uma consequência relevante dessa teoria é a de que a intervenção é admitida para além do poder de polícia, mas de forma temporária, no caso da fiscalização das atividades econômicas, para evitar abusos. A partir do momento em que os indivíduos puderem, eles mesmos exercer a todas as funções de forma plena, o Estado deveria se abster. Segundo Margarida Salema d'Oliveira Martins, “a necessidade e a exceção são condições que simultaneamente justificam que o Estado intervenha fora de suas atribuições essenciais.”¹⁸³

Josaphat Marinho anota que Carta Constitucional de 1824 não reservou um capítulo explícito para tratar da ordem econômica ou dos direitos sociais. Segundo o autor, o texto era expressão do pensamento liberal.¹⁸⁴ O direito de propriedade foi garantido de forma ampla e os proprietários de latifúndios permaneceram senhores de escravos. Tanto é que estes últimos não constavam no rol dos cidadãos brasileiros,

¹⁸² MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.58.

¹⁸³ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade...**, p.58.

¹⁸⁴ MARINHO, Josaphat. **A ordem econômica nas constituições brasileiras**. RDP 19/51, ano V. jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 51-54.

elencados no art. 6¹⁸⁵, muito embora constituíssem a maior força de trabalho alocado na produção e no desempenho das atividades econômicas.¹⁸⁶

O relacionamento do Estado com a economia estava praticamente limitado à fixação das tarifas alfandegárias (na metodologia ora proposta, ocorria a intervenção indireta), algo que, mesmo para um país desindustrializado era bastante significativo. Esta foi, aliás, a primeira atividade de intervenção do Estado brasileiro.¹⁸⁷

O contexto político, histórico, social, econômico e jurídico deste período ainda não era propício ao surgimento de empresas públicas e nem de sociedades de economia mista, ao menos não como fruto de uma política de Estado. Ao contrário, a vigente ideia segundo a qual a finalidade última da sociedade seria o máximo desenvolvimento possível do indivíduo imputava ao Estado a função precípua de garantir a segurança necessária para que isso se realizasse. Quanto ao mais, o dever era de não intervenção.

O texto constitucional de 1891 manteve o pensamento liberal, conservando o Estado como um ausente das atividades econômicas¹⁸⁸, e muito embora tenha previsto a igualdade perante a lei e a ausência de privilégios de nascimento, foros de nobreza, a extinção das ordens honoríficas e de regalias como os títulos nobiliárquicos e de conselho (art. 72, § 2º da Constituição)¹⁸⁹, a estrutura do poder econômico privado permaneceu garantida.

¹⁸⁵ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.”

¹⁸⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003, p. 210.

¹⁸⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 27.

¹⁸⁸ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado...**, p.30.

¹⁸⁹ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...) § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

Assegurou-se ainda o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art.72, §24)¹⁹⁰. Com a reforma de 1926, passou a ter o Congresso Nacional atribuição legislativa em matéria de comércio exterior e interior, podendo autorizar limitações exigidas pelo bem público (art. 34, nº 5 da Constituição)¹⁹¹. Ademais, estabeleceu-se a vedação de que estrangeiros explorassem jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais (art. 72, §17, b da Constituição).¹⁹²

A Constituição de 1934, pela primeira vez na história constitucional brasileira disciplinou expressamente o papel do Estado na economia, dispondo no art. 115 que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”¹⁹³

Estabeleceu-se ainda a possibilidade de a União, em virtude de interesse público e mediante lei, monopolizar indústria ou atividade econômica (art. 116)¹⁹⁴. Aqui se pode notar a permissão constitucional para uma intervenção direta na economia. Os bancos de depósito, as empresas de seguros (art. 117)¹⁹⁵, as minas, as jazidas minerais, as quedas d’água e outras fontes de energia hidráulica, a partir de então deveriam ser progressivamente nacionalizados, nos termos na lei (art. 119, § 4º).¹⁹⁶

¹⁹⁰ “Art. 72 (...)§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. ”

¹⁹¹ “Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos. ”

¹⁹² Art. 72 (...)§ 17. Os direitos de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. b) As minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

¹⁹³ BRASIL. Constituição (1934). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso: 10 de julho de 2013.

¹⁹⁴ “Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”

¹⁹⁵ “Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

¹⁹⁶ “Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. (...)§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.”

Nada obstante a declaração oficial de que o Estado brasileiro passaria a desempenhar um papel mais ativo no campo da economia, o texto constitucional ainda não fez qualquer referência expressa nem a empresas públicas e nem a sociedades de economia mista.

A respeito da Carta de 1937, Josaphat Marinho adverte que ela não pode ser analisada como as demais, porque não vigorou completamente. Não foi respeitada pelo Governo que instaurou no país um regime autoritário e populista.¹⁹⁷ Ainda assim, cumpre admitir que novos rumos foram postos para as questões sociais e econômicas. A iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercidos nos limites do bem público, foram erigidos a fundamentos da riqueza e da prosperidade nacionais (art.135, primeira parte).

A principal inovação constitucional em relação à ordem econômica foi a positivação do princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado no domínio econômico:

Art 135 – (...) A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Assim, de acordo com a Constituição, caberia ao Estado, em princípio e em tese, um papel secundário e auxiliar em relação à iniciativa privada. As formas de intervenção no domínio econômico foram divididas em mediata (para “introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação, representados pelo Estado”) e imediata, a serem materializadas por meio da edição de normas, de fomento e também da gestão direta de bens e fatores de produção. E justamente nessa última parte resulta a declaração de que as empresas estatais passariam a ser um importante instrumento a serviço do Estado.

Considerada um marco do processo de redemocratização nacional, pós Estado Novo e pós Segunda Guerra Mundial, a Constituição de 1946 elegeu como princípios da ordem econômica a justiça social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho

¹⁹⁷ MARINHO, Josaphat. **A ordem econômica nas constituições brasileiras**. RDP 19/51, ano V. jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 56.

humano.¹⁹⁸ Manteve-se a possibilidade de a União intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade.¹⁹⁹ E a repressão ao abuso do poder econômico também passou ser uma preocupação constitucional (art. 148). A subsidiariedade, no entanto, antes expressa na Carta de 1937, agora foi suprimida.

Ainda assim, o que se viu na realidade foi a difusão declarada da gestão direta dos fatores de produção pelo Estado por meio de empresas criadas e administradas pelo próprio setor público, sob a justificativa dos interesses nacionais e da necessidade de investir em setores desinteressantes à iniciativa privada. Senão no texto, o discurso constitucional a respeito de um Estado subsidiário permaneceu vigente e embalou a criação de diversas novas empresas estatais. Aliás, a Constituição de 1946 foi a primeira no Brasil a fazer menção à sociedade de economia mista, sem, contudo, defini-la ou qualificá-la.²⁰⁰

Na Constituição de 1967, a ordem econômica e social praticamente manteve as disposições da Constituição anterior e acrescentou aos princípios da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho o princípio da função social da propriedade, do desenvolvimento econômico, da harmonia e solidariedade entre os fatores de produção e da repressão ao abuso do poder econômico.²⁰¹

Expressamente ficou registrado que às empresas privadas, com estímulo e apoio do Estado, competiria a organização e a exploração da atividade econômica (art. 163 *caput*) e que apenas de forma suplementar poderia o Estado explorá-la diretamente (art. 163, §1º). O constituinte se preocupou ainda em explicitar que, quando fosse o Estado atuar diretamente na economia por meio das empresas públicas, das autarquias e das sociedades de economia mista, deveria fazê-lo sob o imperativo das mesmas normas

¹⁹⁸ “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. ”

¹⁹⁹ “Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição. ”

²⁰⁰ Isso não significa que tal figura já não existisse, mas tão somente que até aquele momento não havia expressa previsão constitucional. A título de curiosidade, a Constituição de 1976 relaciona a expressão “sociedade de economia mista” 9 vezes, tratando desde a vedação de ocupação de funções em seus quadros por parte de Deputados e Senadores (art.48) até a possibilidade de o Presidente da República, no Estado de Sítio, suspender do cargo empregados dessas empresas (art.209, IV).

²⁰¹ BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm>. Acesso: 10 de julho de 2013.

aplicáveis às empresas privadas (art. 163, § 2º), inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. Destaque especial foi dado às empresas públicas exploradoras de atividades não monopolizadas, que deveriam suportar o mesmo regime tributário que as empresas privadas (art.163, §3º).²⁰²

A esse respeito, Pontes de Miranda ressaltou que os monopólios não poderiam ser estabelecidos em favor de empresas privadas, nem de sociedades de economia mista, ainda que à União pertencesse o poder de controle, e muito menos a algum outro ente federativo. Para o autor, em sendo as sociedades de economia mista entes dotados de personalidade jurídica distinta do ente instituidor, qualquer tentativa de estipulação de monopólios que não em favor da Administração Pública Federal Direta, violaria o dispositivo da Constituição de 1967.²⁰³

O § 8º do art. 157 estabeleceu a faculdade da intervenção no domínio econômico e o monopólio, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Para afastar qualquer tipo de dúvida a respeito do papel do Estado, o constituinte, mais uma vez, decidiu positivar o princípio da subsidiariedade, fazendo constar no art.163, §1º que “[S]omente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.” A Constituição de 1967 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a fazer referência explícita à empresa pública.²⁰⁴

²⁰² “Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - **Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.** § 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. § 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.” **(o grifo não consta no original)**

²⁰³ “Só a União pode ter monopólio. Se a pessoa jurídica, ou física, se atribuiu direito a monopólio, ou a pessoas jurídicas, ou físicas, direito a oligopólio, a lei especial que tal regra jurídica contém é contrária à Constituição de 1967, e nula, portanto. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.88-89.

²⁰⁴ A título de curiosidade, o texto menciona a expressão “empresa pública” nove vezes, sem, no entanto, definir o que ela seja.

A Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969 manteve a limitação da intervenção direta do Estado no domínio econômico a determinados tipos de atividades econômicas, dispondo que

mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.- (art. 163).

O caráter suplementar da exploração direta da atividade econômica pelo Estado foi mantido expressamente art.170, §1º da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. ”

Sobre a ordem econômica na Constituição de 1967, com as alterações dadas pela Emenda nº 01 de 1969, Josaphat Marinho conclui que o regime jurídico de intervenção do Estado na economia apenas modera os excessos do capitalismo, mas que “não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos. ” ²⁰⁵

Feita essa rápida análise a respeito do tratamento constitucional da relação do Estado com a economia ao longo da história constitucional brasileira, forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente o *princípio da subsidiariedade*, nem utiliza a expressão *suplementar* para permitir a exploração direta da atividade econômica pelo Estado – ao contrário do que fizeram as três Constituições anteriores. Nada obstante, admite-se que o princípio²⁰⁶ da subsidiariedade da intervenção estatal na economia vige na Constituição.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, três são as ideias inerentes a esse princípio: a livre iniciativa tem primazia sobre a iniciativa estatal, ou seja deve o Estado se abster de fazer aquilo que os particulares podem fazer sozinhos e com recursos próprios; cabe ao Estado a tarefa de fomentar, fiscalizar e coordenar a iniciativa privada, para que o sucesso dos empreendimentos seja viável, sempre que possível; e a terceira ideia é a da

²⁰⁵ MARINHO, Josaphat. A **ordem econômica nas constituições brasileiras**. RDP 19/51, ano V. jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 58-59.

²⁰⁶ Em tempo, a respeito do alcance da expressão “princípio” no direito, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

parceria entre ente público e setor privado, para subsidiar e suprir deficiências da iniciativa privada.²⁰⁷ Em última análise, o princípio da subsidiariedade atribui à pessoa humana o papel principal na realização das atividades necessárias à vida em sociedade. Ao Estado foi dado o papel coadjuvante de assegurar que a primeira ideia se realize.²⁰⁸

Portanto, ainda que não tenha sido dito expressamente pelo constituinte de 1988 que a intervenção estatal é subsidiária, ao prever como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e ao declarar que tem como finalidade garantir a todos existência digna, por meio dos princípios inscritos no art.170, e ao atribuir ao Estado o papel de regular a atividade econômica e de prestar serviços públicos, resta evidenciada a primazia dos sujeitos em relação à satisfação das próprias necessidades. Nada obstante, dado o caráter dúplice do princípio da subsidiariedade, a intervenção do Estado, quando necessária, deve ser compreendida como um poder/dever.

Compreendidas as premissas constitucionais da intervenção direta do Estado na economia, a análise do regramento infraconstitucional que insere as estatais no âmbito da Administração Pública se mostra pertinente, na medida em que materializa a própria Constituição.

2.4 O DECRETO LEI Nº 200/1967: AS EMPRESAS PÚBLICAS E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA COMO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

O Decreto Lei nº 200/1967, recepcionado pela Constituição de 1988, atendeu ao anseio nacional de reformar a Administração Pública Federal que, a partir então, passou a ter um diploma normativo explícito para dispor sobre sua organização e funcionamento. O objetivo prometido por Castello Branco era o de que o setor público passasse a “operar

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.27.

²⁰⁸ FRATTINI, Franco *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública...**, p.28.

com a mesma eficiência da empresa privada”.²⁰⁹ As palavras de ordem eram planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

A Administração Pública Federal foi dividida em dois planos: direto e indireto. Na Administração Direta estão compreendidos os órgãos submetidos à Presidência da República e aos Ministérios; na Administração Pública Indireta, estão as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e, posteriormente, as fundações, todas elas entidades vinculadas aos Ministérios com atuação na respectiva área de competência.²¹⁰

Três fatores principais justificaram a possibilidade da criação de pessoas jurídicas autônomas em relação à Administração Direta: a especialização da atividade a ser desenvolvida; a autonomia gerencial e a flexibilidade de ação.²¹¹

Muitos autores, sobretudo no direito comparado, valiam-se da expressão *empresa pública* para designar um sem número de organizações jurídicas empresariais de que participasse o Estado, em conjunto com particulares ou outras entidades públicas, ou mesmo isoladamente. Seja como for, no caso das empresas públicas, a experiência brasileira é peculiar, senão por outra razão porque foi o primeiro país do mundo a legislar expressamente sobre ela (Decreto-Lei nº 200/1967).²¹² Por muito tempo, a doutrina não foi uniforme sobre a compreensão do alcance dessas expressões: empresa pública e sociedade de economia mista.^{213 214}

²⁰⁹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma Administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor**. Brasília. Editora Brasília Jurídica, 1998, p.54.

²¹⁰ As Fundações de direito Público foram incluídas no Decreto Lei 200/67 apenas em 1987, pela Lei 7596/1987.

²¹¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.94.

²¹² COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.31.

²¹³ Veja-se, por exemplo, o caso apreciado no voto proferido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, no RMS 24.249, julgado em 14/09/2004. Na ocasião, discutiu-se a proibição da acumulação remunerada de cargos públicos, prevista no art. 37, XVII da Constituição. Tratava-se de dizer se um hospital em que a União detinha 51% do total do capital social era ou não sociedade de economia mista. O recorrente sustentava que não, porque não havia lei específica que tivesse autorizado a sua criação e a União também não exercia o poder de controle. Decidiu-se, todavia, que para fins da vedação da acumulação de cargos públicos, o hospital era, sim, uma sociedade de economia mista. Isso porque “a expressão *sociedade de economia mista* é termo de conceitos jurídicos distintos. Vale dizer: *conceitos distintos são referidos pelo mesmo termo, sociedade de economia mista*.” GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.108-109.

²¹⁴ Caio Tácito, já em 1963 entendia “a empresa pública, em sentido lato, é pessoa jurídica de direito privado, regida a um tempo pelo direito comercial e pelo direito administrativo. É criada nos moldes da lei

Dentre as Constituições brasileiras, como já mencionado no tópico anterior, a primeira a fazer expressa menção à existência das sociedades de economia mista foi a Constituição de 1946.²¹⁵

Carlos Ari Sundfeld evidencia que a Constituição de 1988, muito embora utilize as expressões “empresas públicas” e “sociedades de economia mista”, ou “sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público” (art.37, XVII), e ainda “sociedades instituídas pelo Poder Público (art.71, II), não conceitua essas entidades.²¹⁶

Caio Tácito, já em 1963 sugeriu que por *empresa pública em sentido lato* se deveria compreender uma pessoa jurídica de direito privado, submetida tanto ao direito comercial quanto ao direito administrativo. A existência no mundo jurídico estaria ainda condicionada ao registro perante a junta comercial, após prévia autorização legislativa, por se tratar da alocação de verbas pública.^{217 218}

O primeiro diploma normativo infraconstitucional a disciplinar as empresas públicas e as sociedades de economia mista foi o Decreto Lei nº 200/1967²¹⁹, que

comercial comum sob forma de sociedade por ações, e sua existência se inicia com o arquivamento dos atos constitutivos do Registro do Comércio. Mas sua instituição depende de prévia autorização legislativa, porque envolve a aplicação de recursos públicos e significa a execução de uma determinada incumbência do Estado. Não é lícito ao Poder Executivo sem expresse apoio em lei, fazer investimento em ações ou delegar encargos administrativos a pessoas jurídicas de direito privado, ainda que se trate de atividade industrial ou comercial.” TÁCITO, Caio. **As empresas públicas no Brasil**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.84,1966, p.432-439, p.433.

²¹⁵ A expressão é referida 9 vezes ao longo do texto da Constituição de 1946, desde a vedação para contratação com Deputados e Senadores, até a proibição de acumulação de cargos.

²¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.267.

²¹⁷ TÁCITO, Caio. **As empresas públicas no Brasil**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.84,1966, p.432-439, p.433.

²¹⁸ Chama a atenção para a terminologia Cotrim Neto em sua Teoria da empresa pública em sentido estrito. Segundo o autor, “o Seminário reunido em Rangoon, no ano de 1954, sob essa denominação [empresa pública], em generalidade, englobou: a) as entidades que funcionam “sobre as mesmas bases das atividades governamentais ordinárias”; b) as “corporações públicas”; c) as “corporações de propriedade mista” (mixed-ownership corporations), isto é, as que na linguagem germano-galo-portuguesa chamamos de “sociedades de economia mista”; finalmente, na súmula dos trabalhos do Seminário, foi dito que nos últimos anos o grupo das public enterprises pode ser acrescido de outro tipo, que tem surgido quando o Governo contrata com uma entidade privada a operação (operating contract) ou a direção (management contract) de um estabelecimento industrial de propriedade pública, mediante pagamento de um interesse, não se imiscuindo a Autoridade no desempenho do serviço.” COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.26-27..

²¹⁹ Para Cotrim Neto, o Brasil, por meio do Decreto- Lei 200/1967, foi o primeiro país no mundo a ter um estatuto jurídico que expressamente identificasse as características de uma empresa pública em sentido estrito ou próprio. A COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.25.

expressamente definiu o que seriam empresas públicas e o que seriam sociedades de economia mista, para os fins a que se propôs (organização da Administração Pública Federal):

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:
(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.

Com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 900/1969, esses mesmos dispositivos passaram a ter a seguinte redação:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se
(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.²²⁰

Da análise dos referidos dispositivos se pode constatar uma característica comum a essas duas figuras: a personalidade jurídica de direito privado. Com a Constituição de 1988, há ainda a necessidade de lei específica que autorize a existência de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista.²²¹

E por qual razão teria o Estado o interesse de agir na economia também de forma direta, ao lado dos particulares, sem os privilégios então característicos do regime jurídico administrativo? Em outras palavras, por que se valer da personalidade jurídica de direito

²²⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969**. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2014

²²¹ Eros Grau chama a atenção para o fato de que, sob a luz do art.37, XIX da Constituição Federal, “a lei não *cria* a empresa estatal”, mas *autoriza* a sua criação. A existência da personalidade jurídica se dá à luz das regras do direito civil. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação crítica). 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.248.

privado para atingir determinados objetivos? E por que fazê-lo sob a forma de empresa pública ou sob a forma de sociedade de economia mista?

O principal motivo, ao que tudo indica, segundo Alvaro Caminha Muniz, foi a flexibilidade gerencial associada à autonomia pouco presentes na tradicional burocracia da administração direta.²²² Há quem tenha percebido nessa postura uma fuga para o direito privado.²²³

Garcia de Enterría ressalta que o Estado percebeu as vantagens da utilização das técnicas das sociedades mercantis para a gestão de atividades industriais e comerciais, sobretudo para “liberar a administração das limitações do Direito Público, e propiciar-lhe o uso de certos mecanismos que mostraram sua eficácia no seio da economia capitalista”.²²⁴ Tratava-se, portanto, de um ideal de eficiência, propiciado pela forma de organização empresarial.

Por outro lado, Miguel Seabra Fagundes reconhece que jamais qualquer atividade exercida pelo Estado, inclusive aquelas antes qualificadas como atos de gestão (aqui identificadas pela incidência do regime jurídico de direito privado), poderá ser idêntica às realizadas pelos indivíduos no âmbito privado, tanto na forma quanto no conteúdo.²²⁵

Aplicando a ideia trazida pelo autor, tal identificação absoluta do regime jurídico de direito privado não é possível, senão por outra razão, porque os sujeitos são sempre livres, ao passo que o Estado é sempre dependente – de motivações jurídicas (por exemplo para justificar a qual relevante interesse coletivo ou a qual necessidade de imperativo da segurança nacional precisa atender. Tanto é que há peculiaridades em relação às estatais, que se submetem ao controle de Tribunal de Contas (art. 49, X da

²²² MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais: definição legal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972, p.39.

²²³ Conforme explica Nuno Cunha Rodrigues, trata-se de um “fenômeno que traduz o facto de, cada vez mais, o Estado e as restantes pessoas colectivas públicas de população e território se tentarem libertar do espartilho do direito público e das apertadas regras jurídico-públicas, recorrendo a instrumentos e formas de direito privado para mais eficazmente prosseguirem as respectivas atribuições.” Ainda segundo o autor, a origem da expressão fuga para o direito privada foi inaugurada por Fritz Fleiner em 1928. RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden-Shares” As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.

²²⁴ Apud SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 269.

²²⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984, p.155

Constituição); os empregados públicos devem ser contratados mediante concurso público, sendo-lhes vedada a cumulação indevida de cargos (art. 37, XVII da Constituição).²²⁶

Ainda assim, a assunção da forma de direito privado é decorrente da tradição jurídica em relação à existência de um direito público e de um direito privado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica a origem histórica dessa divisão. Provém do direito francês a separação entre atos de império (aquele praticados pela Administração valendo-se das prerrogativas e privilégios próprios, não extensíveis aos particulares, impostos unilateralmente, de forma impositiva) e atos de gestão (isto é, atos praticados pela Administração em pé de igualdade com os particulares, regidos pelo direito privado comum). No direito alemão falava-se na dupla personalidade jurídica do Estado: uma de direito público (Estado), e outra de direito privado (Fisco).^{227 228}

Segundo a mesma autora, a separação entre público e privado, com a defesa de uma dupla personalidade do Estado foi uma tentativa de mitigação da teoria da irresponsabilidade do rei em face de prejuízos causados a terceiros. Sob essa ótica, o monarca poderia praticar atos de império, na pessoa do Estado, e atos de gestão, na administração de bens e serviços. Ainda que essas teorias tenham sido contrapostas por críticas contundentes, a noção de que as distintas funções desempenhadas pelo

²²⁶ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a conclusão é no sentido de que realmente nunca a posição da Administração poderá ser inteiramente igual à do particular, mesmo nas relações do direito privado: a autonomia da vontade: a autonomia da vontade, de que é dotado o particular, substitui-se para a Administração, pelo princípio da legalidade; a liberdade de forma, que prevalece nas relações jurídicas entre particulares, dificilmente existe nas relações jurídicas em que a Administração é parte (...) Não é possível estabelecer-se aprioristicamente norma de caráter geral aplicável a todas as hipóteses, para concluir que, nas relações de direito privado, a Administração se igual ou não se iguala ao particular. Nunca se iguala inteiramente, pelas razões já expostas. Mas, se houve opção pelo regime de direito privado, o normal e o ideal é que haja um equilíbrio de vontades, perdendo a Administração a sua posição de supremacia, em especial o poder de interferir coercitivamente na esfera de direitos alheios, por meio de decisão unilateral e auto-executória; caso contrário, torna-se inútil a utilização desse regime.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p.97-98.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p.89-90.

²²⁸ A respeito do direito administrativo privado e do direito privado administrativo, conferir IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Ed. Montecorvo, pp. 87-128, 1996; COUTO E SILVA, Almiro do. “**Enfiteuse**.” Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 27/331-346. Porto Alegre, 2003 e IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Amministrazione Pubblica e Diritto Privato**. Torino, G. Giappichelli, p.1-33, 2011.

Estado podem ser (e são) regidas por regimes jurídicos diferenciados subsiste nos ordenamentos jurídicos.²²⁹

A respeito da extensão da abertura permitida pelo legislador ao prever a possibilidade da assunção das empresas públicas de qualquer das formas admitidas em direito (desde que de direito privado), José Cretella Junior adverte existir aí uma imprecisão jurídica, porque na redação original do Decreto-Lei nº 200/1967, se o patrimônio era exclusivo da União ou de suas entidades da administração indireta, haveria, necessariamente, uma entidade unipessoal da União ou da administração indireta e, em última análise, o capital seria exclusivo de uma só entidade. E em sendo uma entidade unipessoal, o direito civil e o direito comercial vigentes haveriam que ser respeitados quanto à tipicidade das formas jurídicas.²³⁰

Cumpre não perder de vista que, no momento da crítica, vigia o art. 16 do Código Civil de 1916, que arrolava como pessoas jurídicas de direito privado as sociedades de diversos fins, as associações de utilidade pública, as fundações e as sociedades mercantis, que poderiam ser corporações ou fundações.²³¹ Além disso, o art.1.363 do mesmo Código previa que a existência de uma sociedade pressupunha a celebração de um contrato entre pessoas reciprocamente obrigadas a empregar recursos e meios para obter fins comuns.

Até então, a vigente Lei das Sociedades por Ações (Decreto-Lei 2.627/1940) previa expressamente no §1º do art.38 que “[N]enhuma sociedade anônima poderá constituir-se sem que se verifiquem, preliminarmente, os seguintes requisitos: 1º a subscrição, pelo menos por sete pessoas, de todo o capital social.” Por essa razão, falar na existência de sociedade unipessoal seria uma “*contradictio in adjecto*”. Em síntese, sob pena de violação direta à Lei de Sociedades por Ações, para o autor, uma empresa pública não poderia ser constituída sob a forma societária de sociedade por ações. A

²²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p.91.

²³⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Formas jurídicas da empresa pública**. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, n.125, p.42-59, 1976, p.51.

²³¹ “Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I. As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. II. As sociedades mercantis.”

forma de empresa pública unipessoal, portanto, foi uma forma *sui generis* criada pelo próprio Decreto-Lei.²³²

Antes da expressa previsão do Decreto-Lei nº 200/1967 era comum que as autarquias desempenhassem atividades econômicas. Conforme explicação de Hely Lopes Meirelles, a união de recursos públicos e privados era realizada por meio de autarquias não apenas no Brasil, mas também na Europa.²³³ Tanto era assim que a própria redação da Constituição de 1967 inseriu as autarquias ao lado das empresas públicas e das sociedades de economia mista para a exploração da atividade econômica.²³⁴

A título de exemplo, vale destacar que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), criado pela Lei nº 1.628/1952, assumiu originalmente a forma de autarquia-fundação, e apenas pela Lei nº 5.662/1971 foi transformado em empresa pública federal, pessoa jurídica de direito privado, nos termos do Decreto-Lei 200/1967.²³⁵

Outro exemplo emblemático foi a criação da NOVACAP (Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil) pela Lei 2874, de 19 de setembro de 1956, sob a forma de sociedade anônima, com capital inicial de Cr\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de cruzeiros) subscritos exclusivamente da União, coisa que, até então, não era comum. A NOVACAP teria por objeto o planejamento e a execução de serviços de localização, urbanização e construção da Capital. Para cumprir esses objetivos, poderia

²³² CRETELLA JÚNIOR, José. **Formas jurídicas da empresa pública**. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, Rio de Janeiro, n.125, p.42-59, 1976, p.43-44.

²³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Autarquias e entidades paraestatais no Brasil**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

²³⁴ “Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. (...)§ 2º - Na **exploração, pelo Estado, da atividade econômica**, as empresas pública, **as autarquias** e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. **“(grifo não consta na redação original)**. BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o_ao67.htm>. Acesso em 09 agosto de 214.

²³⁵ Nos termos da Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971: “Art. 1º O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), **autarquia federal** criada pela Lei número 1.628, de 20 de junho de 1952, **fica enquadrado**, nos termos e para os fins do § 2º do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, **na categoria de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado** e patrimônio próprio, com a denominação de Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) e vinculação ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.” **“(o grifo não consta no original)**. BRASIL. **Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971**. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5662.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

adquirir, permutar e conceder obras e serviços da competência Federal, estadual e municipal. Em 1960, por meio de lei, 51% do capital social da empresa.

Para Cotrim Neto, a natureza jurídica de uma pessoa jurídica, se de direito público ou de direito privado, deve ser dada de acordo com sua finalidade. E no caso da NOVACAP, apesar de a finalidade coincidir em muito com a finalidade do próprio Estado, justamente por se valer de funcionamento próprio do direito privado, não se lhe pôde atribuir personalidade jurídica de direito público, senão uma forma nova e híbrida. Esse, porém, foi um debate superado com a positivação da definição legal de empresa pública por meio de Decreto-Lei 200/67. A NOVACAP foi a primeira empresa pública do Brasil.²³⁶

A novidade jurídica não foi imune de controvérsias e o juiz Leal Fagundes, ao enfrentar a natureza jurídica da NOVACAP a classificou como criatura da União e de entidade pública, justamente porque todo seu capital era público. A partir do momento em que mais de um ente federativo passou a ser sócio da empresa, deixou ela de ser uma sociedade pública unipessoal e, para o magistrado, deveria ser tratada como uma *sociedade de economia pública*. Por outro lado, o interesse coletivo e o capital público levaram o juiz a entender tratar-se de pessoa jurídica de direito público.²³⁷

Subjaz dessa análise, a constatação de que, a depender do critério e do objetivo de análise, um mesmo fenômeno jurídico admite mais de uma classificação. E o caso da intervenção direta do Estado na economia não seria diferente.

Cotrim Neto também destaca que uma outra decisão judicial da época desenvolveu um raciocínio jurídico segundo o qual a NOVACAP não seria uma sociedade propriamente capitalista, porque seus empregados seriam servidores públicos, não apenas para fins penais, mas também administrativos. Da discussão se extrai que o problema jurídico a ser resolvido não era outro senão a própria natureza jurídica da NAVACAP. Para Souza Neto, Leal Fagundes e para Sampaio Lacerda, apesar do disposto na lei criadora da NAVACAP, ela seria mais adequadamente conceituada como

²³⁶ Esse fato também é admitido por Alvaro C. Muniz. MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais: definição legal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972, p.11.

²³⁷ COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.34.

uma verdadeira empresa do Estado, como uma sociedade de pessoas públicas, ou seja, quase uma autarquia – expressão do autor.²³⁸

A partir de então, empresas públicas em sentido estrito, na terminologia proposta por Cotrim Neto, isto é, sociedades cujo capital fosse subscrito por um ou mais entes federativos, ainda que indiretamente, via as já consolidadas sociedades de economia mista, passaram a se tornar cada vez mais comuns. A título de exemplo, citem-se, a Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que previu no art. 42 a criação de uma empresa pública para exploração do monopólio da telefonia de longa distância; as Leis Delegadas 6 e 7 de 1962, que autorizaram a criação da Companhia Brasileira de Alimentos e a Companhia Brasileira de Armazenamento, de que a União seria titular de 51% do capital, e os entes federativos dos restantes 49%.²³⁹

Atualmente, ao contrário do que ocorre na prestação dos serviços públicos, onde há opção pela prestação centralizada, por meio de órgãos, ou pela prestação descentralizada, inclusive por meio de autarquias, cuja personalidade e regime jurídicos são eminentemente de direito público, em se tratando da exploração da atividade econômica sob regime de monopólio ou de concorrência, deve necessariamente a Administração Pública, autorizada por lei, agir sob a forma societária ou por meio de sociedade de economia mista ou de empresa pública. A toda evidência, mesmo no caso da prestação de serviços públicos por alguma empresa estatal há que ser respeitado algum tipo societário existente. A realidade, porém, demonstra que a opção mais frequente é pela constituição de uma sociedade por ações, regidas pela Lei nº 6.404/1976.^{240 241}

²³⁸ COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975 p.36.

²³⁹ COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.3

²⁴⁰ PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresas estatais. (Coleção direito econômico). São Paulo: Saraiva, 2013, p.34-35.

²⁴¹ A incompatibilidade da adoção da personalidade jurídica de direito público por entes da Administração Pública Indireta exploradores da atividade econômica já foi pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 120.932-1/210. A propósito do julgamento de questões afetas a uma execução fiscal proposta pelo Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul –BRDE, decidiu-se que, em se tratando ela de instituição financeira voltada à exploração da atividade econômica, a reivindicada natureza jurídica autárquica (e interestadual) era absolutamente incompatível tanto com Decreto-Lei 200/67 quanto com a então Constituição de 1969. Uma vez que o capital social da entidade era formado por capital público dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, tratava-se, em verdade, de uma empresa pública, nos termos do Decreto-Lei nº 200/1967. O julgado cuja riqueza dos argumentos e por ter sido o julgamento

A respeito da mudança legislativa promovida pelo Decreto-Lei nº 900/1969 em relação às empresas públicas, Alvaro Caminha Muniz destaca duas alterações. Em primeiro lugar, o objeto da empresa passou do desempenho de *atividade de natureza empresarial*, para a *exploração de atividade econômica* – expressão essa também trazida pelo art. 170 da Constituição de 1969.²⁴²

Depois, se antes o capital social deveria ser exclusivo da União ou de suas entidades da administração indireta, agora permitia-se, desde que a União se mantivesse

paradigma a respeito do assunto justifica a transcrição foi assim ementado “EXECUÇÃO FISCAL: DÉBITO REPRESENTADO POR CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL EM FAVOR DO BRDE - BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL: INIDONEIDADE DA VIA PROCESSUAL, RESULTANTE DA SOLUÇÃO NEGATIVA A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA SUPOSTA NATUREZA AUTÁRQUICA INTERESTADUAL, QUE SE ARROGA O CREDOR EXEQUENTE: RE PROVIDO. I. ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO: INTERVENÇÃO SUPLEMENTAR NO DOMÍNIO ECONÔMICO OU EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. 1. AINDA QUE SE DEVESSE REDUZIR A PARTICIPAÇÃO SUPLEMENTAR DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA "STRICTO SENSU" - OBJETO DO ART. 170 CF/69 - AQUELA QUE SE FAÇA MEDIANTE O APELO A TÉCNICA PRIVATISTA A DAS EMPRESAS ESTATAIS DE FORMA MERCANTIL NÃO BASTA A DESCARACTERIZAÇÃO, EM TESE, DA NATUREZA AUTÁRQUICA DE UM BANCO DE DESENVOLVIMENTO CRIADO PELO PODER PÚBLICO. 2. EM TESE, A ASSUNÇÃO ESTATAL, COMO SERVIÇO PÚBLICO, DA ATIVIDADE DOS BANCOS DE DESENVOLVIMENTO É TANTO MAIS VIÁVEL QUANTO É CERTO QUE, DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1967, A ELABORAÇÃO E A EXECUÇÃO DE PLANOS REGIONAIS DE DESENVOLVIMENTO FORAM EXPLICITAMENTE INCLUÍDOS NO ROL DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO: DISPENSA DEMONSTRAÇÃO QUE, NOSSO REGIME DE LIBERDADE DE INICIATIVA, A ATIVIDADE DE FOMENTO DELA, DESENVOLVIDA PELOS BANCOS DE DESENVOLVIMENTO - MEDIANTE EMPRÉSTIMOS COM PRAZO OU CONDIÇÕES FAVORECIDAS, PRESTAÇÃO DE GARANTIAS, INTERMEDIÇÃO DE EMPRÉSTIMOS EXTERNOS OU TOMADA DE PARTICIPAÇÕES ACIONARIAS -, SÃO UM DOS INSTRUMENTOS PRIMÁCIOS DA TAREFA ESTATAL DE EXECUÇÃO DO PLANEJAMENTO ECONÔMICO. II. AUTARQUIA INTERESTADUAL DE DESENVOLVIMENTO: SUA INVIABILIDADE CONSTITUCIONAL. 3. O DADO DIFERENCIAL DA AUTARQUIA E A PERSONALIDADE DE DIREITO PÚBLICO (CELSE ANTÔNIO), DE QUE A PODEM DOTAR NÃO SÓ A UNIÃO, MAS TAMBÉM AS DEMAIS ENTIDADES POLÍTICAS DO ESTADO FEDERAL, COMO TÉCNICAS DE REALIZAÇÃO DE SUA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA, EM SETOR ESPECÍFICO SUBTRAÍDO À ADMINISTRAÇÃO DIRETA. 4. POR ISSO MESMO, A VALIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA AUTARQUIA PRESSUPÕE QUE A SUA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL SE COMPREENDA TODA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DA ENTIDADE MATRIZ: 5. O OBJETIVO DE FOMENTO DO DESENVOLVIMENTO DE REGIÃO COMPOSTA PELOS TERRITÓRIOS DE TRÊS ESTADOS FEDERADOS ULTRAPASSA O RAIO DA ESFERA ADMINISTRATIVA DE QUALQUER UM DELES, ISOLADAMENTE CONSIDERADO; SÓ UMA NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PODERIA EMPRESTAR A MANIFESTAÇÃO CONJUNTA, MEDIANTE CONVENIO, DE VONTADES ESTATAIS INCOMPETENTES UM PODER QUE, INDIVIDUALMENTE, A TODOS ELES FALECE. 6. AS SUCESSIVAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA - ALÉM DE NÃO ABRIREM EXPLICITAMENTE AS UNIDADES FEDERADAS À CRIAÇÃO DE ENTIDADES PÚBLICAS DE ADMINISTRAÇÃO INTERESTADUAL-, TEM RESERVADO À UNIÃO, EXPRESSA E PRIVATIVAMENTE, AS ATIVIDADES DE PLANEJAMENTO E PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL: ANÁLISE DA TEMÁTICA REGIONAL NO CONSTITUCIONALISMO FEDERAL BRASILEIRO. (RE 120932, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24/03/1992, DJ 30-04-1992 PP-05725 EMENT VOL-01659-02 PP-00255 RTJ VOL-00141-01 PP-00273). Sob a luz da Constituição de 1988, o mesmo entendimento a respeito da natureza jurídica do BRDE foi mantida na ADI 175/PR.

²⁴² MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais: definição legal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972, p.35.

proprietária da maioria do capital social com direito de voto, a participação acionária não apenas de entes da administração indireta, mas também as pessoas jurídicas de direito público interno, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias.²⁴³

Chama-se atenção ainda para o fato de que, à luz do dispositivo legal, uma empresa pública também possa ter suas ações subscritas por sociedades de economia mista. Isso ocorreu no caso da EMBRATEL, que embora tivesse a maior parte das ações subscritas pela União, dela também eram acionistas o Banco do Brasil, a então Cia Vale do Rio Doce, a Petrobrás, a Eletrobrás, e a Cia Siderúrgica Nacional. Essa configuração demonstrava que uma empresa pública poderia ser composta não exclusivamente por capital público – já que as sociedades de economia mista assim são caracterizadas pela presença de acionistas particulares. E a possibilidade da configuração societária que permitisse a presença de sociedades de economia mista levou Cotrim Neto a perceber no Decreto-Lei nº 200/1967 a existência dessa subespécie de empresa pública, por ele chamada de *empresa pública imprópria*, já que o critério da exclusividade do capital público acabou sendo mitigada. Por outro lado, a empresa pública formada por capital exclusivo da União, ainda segundo o autor, seria uma segunda subespécie, a *empresa pública genuína*.²⁴⁴

O mesmo Decreto-Lei nº 200/1967 previu no art.5º, §1º que, no caso de a sociedade de economia mista ser exploradora de atividade econômica em regime de monopólio estatal, a maioria das ações deveria caber apenas à União, de modo permanente.²⁴⁵ Além disso, o papel instrumental pretendido pelo legislador ficou declarado ao dispor que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, sob a supervisão ministerial deveriam se ajustar ao plano geral do Governo (art. 27, parágrafo único do Decreto Lei 200/67). As implicações a esse respeito serão tratadas no próximo capítulo, quando será tratada a questão do papel das estatais.

²⁴³ Essa nova possibilidade de arranjo societário foi expressamente prevista pelo art. 5º do Decreto-Lei 900/69: “Art. 5º Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.”

²⁴⁴ COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975, p.39.

²⁴⁵ “Art.5º (...)§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade fôr submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.”

Diante do exposto, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello pode-se enunciar que

[E]mpresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas jurídicas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.^{246 247}

Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.”^{248 249}

O entendimento é o de que a expressão *empresa estatal* é o gênero que compreende as espécies: empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas por elas controladas. Estas últimas são compreendidas como “pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob forma societária, que se encontra sob o controle de outra empresa estatal em virtude de autorização legislativa.” ^{250 251}

²⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.186.

²⁴⁷ Marçal Justen Filho prefere dizer que “[e]mpresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objetivo social é a exploração da atividade econômica ou a prestação de serviço público ou de serviços de apoio ao próprio Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.303.

²⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**...,p.190-191.

²⁴⁹ Marçal Justen Filho entende que “[so]ciedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é exploração da atividade econômica ou a prestação de serviço público.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 305.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**..., p.309.

²⁵¹ A definição também foi prevista pelo Decreto nº 3.735, de 24 de janeiro de 2001:” Art. 1º (...) § 1º Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se empresas estatais federais as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.” BRASIL. **Decreto nº 3.735, de 24 de janeiro de 2001**. Estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e dá outras

Henrique Motta Pinto e Mario Engler Pinto Junior advertem que o alcance de expressão *empresa estatal* está para além dessas duas figuras, e abrange “todos os tipos societários nos quais a maioria absoluta do capital votante pertença direta ou indiretamente a alguma pessoa política (União, Estado, distrito Federal ou Município).” O poder de controle, acionário da empresa estatal também não precisa ser exercido exclusivamente pelo Estado, porque há espaço para o compartilhamento desse poder via mecanismos próprios do direito societário.²⁵²

Marcos Juruena Villela chama a atenção para o fato de que nem toda empresa controlada direta ou indiretamente pelo Estado integram a Administração Pública, já que há necessidade de autorização legal específica (conforme art.37, XIX da Constituição Federal de 1988). Exceção feita às instituições financeiras que adotem a forma de sociedade de economia mista, que poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central”, conforme previsão do art.237, §2º da Lei nº 6.404/1976.²⁵³

A despeito a abrangência do que se possa entender por empresa estatal, importante ainda é a lição de Eros Grau segundo a qual “os conceitos jurídicos não são ideias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade, tendo em vista a realização de determinadas realidades.” Por isso se pode dizer que o próprio Decreto-Lei nº 200/1967 evidenciou que as definições de

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3735.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2015.

²⁵² Para esses autores, “[A]lém da empresa pública e da sociedade de economia mista tipificadas no Decreto-Lei 200/67, também se incluem na categoria geral de empresa estatal: (i) a companhia cuja totalidade do capital social pertença a entidades integrantes da Administração Pública de diferentes esferas de governo; (ii) a companhia cuja maioria do capital votante pertença a entidade da Administração Pública integrantes de diferentes esferas de governo, desde que o controle acionário esteja consolidado por algum mecanismo institucional (v.g., acordo de acionistas); (iii) a subsidiária integral ou sociedade controlada por qualquer empresa estatal; (IV) a sociedade controlada conjuntamente por mais de uma empresa estatal, inclusive quando pertencentes a diferentes esferas de governo.” PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresas estatais**. (Coleção direito econômico). São Paulo: Saraiva, 201, p.39.

²⁵³ “Art. 237. A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição. § 1º A companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial. § 2º As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.”

empresas públicas e de sociedades de economia mista se prestavam a um fim, qual seja o de situar essas figuras no rol das entidades da administração pública indireta.²⁵⁴

2.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; e como objetivos assegurar a todos uma existência digna, com a observância da justiça social e de outros 9 princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdade regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham de e administração no país (art.170 caput e incisos I ao IX).

Aos particulares foi reservada com preferência a exploração da atividade econômica, por meio da livre iniciativa de organização dos bens e fatores de produção, em um ambiente de livre concorrência. Ao Estado, na qualidade de agente normativo e regulador, foram atribuídas as tarefas de: a) de fiscalizar; b) incentivar e planejar a atividade econômica, planejamento esse determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art.174); c) prestar serviços públicos, de forma direta ou por meio de concessão ou de permissão (art.175).

Para além dos casos expressamente previstos no texto constitucional (monopólios da União, art.177, e a exploração local de gás canalizado, art.25, §2º), somente para atender a algum imperativo da segurança nacional ou a algum relevante interesse coletivo, mediante lei, está o Estado autorizado a intervir diretamente no domínio econômico (art.173, caput). Caso se opte pela intervenção direta nessas hipóteses, necessariamente a forma de empresa pública ou de sociedade de economia mista deverá ser adotada, sendo vedada a concessão de vantagens tributárias não extensíveis ao setor privado (§2º do art.173), para que não haja concorrência desleal.

²⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 55, 1985, p. 35-59, p. 42.

Não há, *a priori* nenhuma definição constitucional ou legal do que se possa entender por relevante interesse coletivo ou por imperativo à segurança nacional. A doutrina se esforça por apontar dois critérios iniciais aptos à aferição da compatibilidade da lei específica (art.37, XIX da Constituição) que crie alguma empresa estatal com fundamento no art.173 da Constituição: um critério formal e outro material.

O primeiro pressupõe a competência legislativa, que no caso de segurança nacional é privativa da União (art.22, XXVIII da Constituição). Quanto ao critério material, entende-se que segurança nacional deva estar diretamente ligada à garantia da soberania e da nacionalidade. O relevante interesse coletivo pode ser veiculado por lei federal, estadual ou municipal apresenta uma dificuldade maior de especificação em abstrato.

Chamou-se a atenção, porém, sobre os riscos de se ir pelo tradicional caminho do interesse público ou mesmo da supremacia do interesse público sobre o privado, pensamento ligado a uma concepção autoritária de Estado contra os indivíduos/súditos.

É comum que a doutrina interprete a ordem econômica da Constituição de 1988, sobretudo em relação à intervenção direta do estado no domínio econômico a partir do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado apenas estaria legitimado a criar suas próprias empresas para explorar alguma atividade econômica (em razão de imperativo à segurança nacional ou mesmo para atender a algum relevante interesse coletivo) se a iniciativa privada não puder, ela mesma e com recursos próprios realizar esses mesmos empreendimentos. O Estado teria, portanto, uma função secundária, residual, ou suplementar em relação aos particulares.

A Constituição Federal de 1988 contempla o princípio da subsidiariedade estatal? E o que ele significa? Da análise textual das constituições brasileiras, pôde-se perceber que a Constituição de 1937 previu expressamente que a intervenção estatal na economia só se legitima para suprir deficiências da iniciativa individual (art.135). A Constituição de 1994 suprimiu essa expressão; a Constituição de 1967 positivou novamente a ideia dizendo que somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica (art.163, §1º). A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, também manteve a mesma ideia, com as mesmas palavras (art.170, §1º). A

Constituição de 1998, porém, não fez menção expressa ao carácter suplementar ou subsidiário da intervenção estatal no domínio económico.

A doutrina, no entanto, parece uníssona em admitir que o princípio da subsidiariedade, se manteve na nova ordem constitucional. Conquanto não seja comum fazer essa evidenciação, trata-se de um princípio implícito, extraído da excepcionalidade da intervenção direta por meio das empresas estatais e da expressão *somente poderá*, inscrita do caput do art.173. O princípio pode ser extraído ainda da própria ordem económica e da Constituição como um todo, que deu especial destaque à livre iniciativa, à propriedade privada e à livre concorrência e expressamente atribuiu ao Estado o papel de fiscalizar, coordenar e incentivar os agentes privados.

A ideia de organização e de coordenação da atuação das empresas estatais foi materializada no Decreto-Lei nº 200/1967, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 900/1969, o primeiro diploma normativo brasileiro (e para alguns o primeiro no mundo) a tratar expressamente das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Viu-se que a razão de ser da assunção da forma empresarial pelo Estado é a busca pela eficiência, permitida pela flexibilização e pela autonomia na gestão das atividades a serem desenvolvidas.

O poder de controle da companhia, embora seja um elemento importante na qualificação de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública, por si só não é suficiente. Há que haver autorização legal específica. Apesar das limitações inerentes a todas as classificações, por empresa estatal se podem compreender as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas controladas por essas últimas. É certo, porém, que os casos concretos poderão ensejar a ampliação ou redução desses enquadramentos, a depender da situação.

3. O PAPEL DO ESTADO EMPRESÁRIO

3.1 O PAPEL DAS EMPRESAS DO ESTADO

Ao longo nos capítulos anteriores se fez menção a serviços públicos e à atividade econômica, com o sentido de delimitar o setor público, no primeiro caso, e o setor privado no segundo. A razão de ser dessa divisão é didática. Eros Roberto Grau ensina que, num primeiro momento, não existe diferença entre atividade econômica e serviço público, “pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.”²⁵⁵ Os serviços públicos estão voltados à satisfação de necessidades, preferencial, mas não exclusivamente pelo setor público, que precisa alocar recursos públicos, que são escassos. E por isso também se diz que o serviço público é uma espécie de atividade econômica. Atividade econômica em sentido amplo é, portanto, gênero que compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.²⁵⁶

Explica Marçal Justen Filho que o conceito de atividade econômica em sentido estrito se forma por exclusão e por inclusão. Por inclusão, atividade econômica se refere a atividades afetas à “produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades econômicas avaliáveis a partir da livre organização dos fatores de produção e da apropriação privada dos resultados.”²⁵⁷ Por exclusão, contempla aquilo que o constituinte não excluiu, ou seja, são atividades econômicas em sentido estrito as atividades que a Constituição não qualificou como serviço público.²⁵⁸

Ubirajara Custódio Filho, em análise crítica à dicotomia serviço público vs atividade econômica reconhece, em um primeiro momento, a relevância da distinção, posto que qualificar um serviço como sendo público significa atribuir sua titularidade ao Estado, vinculá-lo a um regime jurídico administrativo e limitar o acesso da iniciativa privada, que para explorá-lo deverá receber a outorga da Administração Pública.

²⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.99.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica...**, p.99.

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.36.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público...**, p.36.

Por outro lado, se uma atividade é qualificada como atividade econômica em sentido estrito, diz-se que está no campo da livre iniciativa e da livre concorrência.²⁵⁹

Essa divisão se reflete na classificação das sociedades de economia mista e das empresas públicas em dois grandes grupos, a partir da função que desempenham: prestadoras de serviço público e exploradoras da atividade econômica.²⁶⁰ O constituinte, porém, não definiu o que seja serviço público. E aí reside uma primeira dificuldade em relação à adoção desse critério apto a atrair um certo regime jurídico a cada uma delas.

O critério material, que identifica o serviço público como qualquer atividade que propicie comodidades ou utilidade passíveis de serem fruídas singularmente pelos cidadãos, é frágil, na medida em que da Constituição Federal de 1988 podem ser extraídas atividades acessíveis tanto ao Estado quanto à livre iniciativa (como por exemplo saúde, arts.197 e 199, e educação, arts.208 e 209). Ubirajara Custódio Filho observa que, materialmente uma aula ministrada em uma universidade pública é idêntica àquela ministrada em uma instituição de ensino particular – a diferença está no regime jurídico, e não na atividade em si mesma.²⁶¹

O critério subjetivo para qualificar um serviço como público também é falho ao partir da premissa que uma determinada atividade é serviço público por ser de titularidade do Estado. A realidade constitucional demonstra não ser correto afirmar que toda e qualquer função atribuída ao Estado seja serviço público ou que, apenas aquilo que expressamente foi nomeado com essa marca pela Constituição possa ser serviço público.^{262 263}

²⁵⁹ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.15.197-224, jul./set.2006, p.198.

²⁶⁰ A respeito das especificidades do regime jurídico de uma e outra espécie, conferir JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre serviço público e atividade econômica**. Revista de Direito do Estado, n.1, p.119-135., jan./março.2006; BARROSO, Luís Roberto. **Regime Jurídico das empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.242, p.85-93, out./dez.2005.

²⁶¹ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.15.197-224, jul./set.200, p.201.

²⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.49.

²⁶³ Almiro do Couto e Silva, nessa mesma linha de entendimento, acrescenta que “o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público,

Marçal Justen Filho adverte que os monopólios constitucionais, por exemplo, não guardam vinculação com a ideia de serviços públicos, posto que o critério identificador desses últimos será sempre a satisfação dos direitos fundamentais. A diferença entre um e outro, novamente, está no regime jurídico: os serviços públicos são prestados sob o regime de direito público, ao passo que a atividade econômica é desenvolvida sob o regime de concorrência ou de monopólio.²⁶⁴

Ainda para o mesmo autor, serviço público guarda relação direta com a satisfação do valor dignidade da pessoa humana.²⁶⁵ Apesar de relevante, Ubirajara Custódio Filho adverte que esse critério teleológico ainda não é suficiente para delimitar o que seja ou não serviço público. A qualificação de um serviço como público é, em última análise, uma decisão política e legislativa de cada ente federativo, respeitadas as diretrizes constitucionais. Mario Engler Pinto Junior enfatiza que eventual criação de um serviço público não pode disfarçar a criação de novos monopólios legais, já que o rol dos monopólios constitucionais é taxativo.²⁶⁶

A preocupação ocorre na medida em que a abertura constitucional dá margem para desvios de finalidade.²⁶⁷ A casuística brasileira já demonstrou tratar-se de um perigo real. A Lei 9.074/95 exige criação por lei para novos serviços públicos quando a competência não estiver expressa na Constituição, ressalvadas as hipóteses de saneamento básico e limpeza urbana.²⁶⁸

caracterizando o que Hans Julius Wolff denominou de Direito Privado Administrativo.” COUTO E SILVA. Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº16. dez./jan./fev. de 2009, p.02-03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.863-865.

²⁶⁵ Para Marçal Justen Filho, o núcleo da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito “reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana (...) Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um serviço público (...) Portanto as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho serão atribuídas ao Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.30-31.

²⁶⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regulação Econômica e empresas estatais**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.15, p.131-148, jul./set.2006, p.133.

²⁶⁷ O autor cita como exemplos as Leis nº 9.615/98, nº 9.881/2000, MP 2.216-37/2001, o Decreto nº 25.723/1999 do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 13.839/2000 do Estado de Goiás e Resolução nº 27/2002 do Secretário de Governo do PR.

²⁶⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regulação Econômica e empresas estatais...**, p.134.

Cesar A. Guimarães Pereira explica que há dois momentos distintos quanto à decisão pela prestação de um serviço público. Em primeiro lugar está a criação legislativa, depois a organização administrativa para materializar a previsão legal. Daí se extrai que, para além dos casos previstos na Constituição, apenas a lei pode qualificar um serviço como público.²⁶⁹

E a necessidade de legislação infraconstitucional decorre da compreensão de que a norma constitucional, por si só, não altera a realidade diretamente. A constituição estabelece as competências legislativas para disciplinar quais serviços serão prestados sob o regime de concessão ou de permissão e a quais atividades privadas serão prestadas sob regime de autorização.²⁷⁰ Respeitados os parâmetros constitucionais, cabe à lei a decisão concreta.

Ainda que o critério formal (previsão em lei) seja o mais apto a qualificar uma atividade como sendo serviço público, a partir do regime jurídico incidente, remanescem ao menos três outras dificuldades apontadas por Ubirajara Custódio Filho, que colocam em xeque a dicotomia atividade econômica vs serviço público.

²⁶⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988**. In CLÈVE, Clemerson Merlin (coordenador.); PEREIRA, Ana Lúcia Pretto (coordenadora assistente). *Direito Constitucional brasileiro: volume III: constituições econômicas e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.250.

²⁷⁰ Para Marçal Justen Filho, “a expressão autorização é incompatível com a existência de um serviço público. Não se outorga autorização de serviço público (...) Adota-se a orientação de que o art. 21 XI a XIII, da CF/1988 utiliza a expressão no segundo sentido. Nessas passagens, a Constituição reconhece a determinadas atividades podem constituir objeto de serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou delegadas a particulares mediante concessão ou permissão) como também podem ser qualificadas como atividade econômica privada (exploradas por particulares mediante uma autorização).” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p.739-740. Para Floriano Azevedo Marques Neto, a respeito do setor de telecomunicações “[não há óbice] para a exigência de autorização (...)”. Segundo o autor, da conjugação do art. 175 da Constituição, que prevê o regime de concessão ou de permissão para a prestação de serviços públicos, com o art.21, XI, com a redação dada pela Emenda Constitucional 8 de 1995, a quebra do monopólio da União nesse setor, instituiu um regime sui generis, que convive com a concorrência de prestadores que operam sob regimes diferenciados. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Direito das Telecomunicações e Anatel**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000 p.315-316. Maria Sylvia Zanella di Pietro, na mesma linha, acrescenta que “ficou a critério da Administração federal decidir o regime de execução que lhe pareça mais adequado para a prestação do serviço (...)”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p.97. A respeito da natureza jurídica das autorizações, conferir: MENEGAT, Fernando. **Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do direito administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**. 2014. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 11/04/2014.

Em primeiro lugar está distinção cada vez mais tênue (se é que ainda existe) entre o que é direito público e o que é direito privado, sendo a distinção mais quantitativa do que qualitativa. Além disso, ainda que a Constituição preveja a incidência de um regime jurídico próprio das empresas privadas às estatais exploradoras da atividade econômica (art.173, §1º, II), tem-se que elas se submetem a exigências próprias da Administração Pública, como a necessidade de licitação e realização de concurso público para a contratação de pessoal, submissão aos Tribunais de Contas, etc. Em terceiro lugar está a constatação de que mesmo um serviço público pode ser prestado sob regime de direito público ou de direito privado, como de fato ocorre no caso das telecomunicações.²⁷¹

Alexandre Santos de Aragão, a respeito da proclamada crise no conceito de serviço público, conclui que o que ocorreu foi uma redução do número de atividades capazes de se enquadrar no conceito de serviço público diante do aumento do rol de atividades qualificadas como atividades privadas de relevância pública, que antes eram atribuídas ao Estado.²⁷²

Diante das muitas dificuldades inerentes à distinção entre serviço público e atividade econômica, muitas empresas estatais desafiam uma tentativa comprometida de classificação nesses parâmetros, seja pela falta de consenso a respeito do que realmente seja serviço público, seja pelo fato de que o rol de atividades desempenhadas por uma mesma empresa podem ser enquadradas em mais de um grupo. Dois exemplos de empresas estatais híbridas seriam, segundo Marçal Justen Filho a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica (Infraero), que tanto prestam serviços públicos quanto exploram atividade econômica em regime de concorrência com particulares.²⁷³

Egon Bockmann Moreira também reconhece que casos como o da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) desafiam o tradicional conceito de empresa pública.

²⁷¹ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.15.197-224, jul./set.200, p.210-222.

²⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e suas crises**. In _____; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (coordenadores). O Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, p.421-440, 2012, p.438-439..

²⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 302.

Esta empresa estatal não se limita à exploração da atividade econômica, nos moldes do que dispõe o art. 173, § 1º da Constituição Federal, e nem do que prevê o art. 966 do Código Civil. Os objetivos desta estatal são muito mais ambiciosos. Destaca-se que esta empresa “construirá a obra, deterá a execução do serviço, estabelecerá regras para ele e para os que lhe dizem respeito.” Ou seja, sua atuação também tem vistas à regulação de determinados setores da economia. O tempo revelará o sucesso ou o fracasso do objetivo proposto.²⁷⁴

A despeito de todas as implicações da qualificação do que seja serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, e a despeito da incidência do regime jurídico aplicável a uma estatal que se situe em um ou em outro campo, o objetivo dessa breve análise é evidenciar uma empresa estatal pode mais do que prestar serviços públicos ou explorar atividades econômicas - nos limites da Constituição.

Uma vez que as estatais são entes administrativos descentralizados, elas estão a serviço do Estado para o cumprimento de atividades ou finalidades.²⁷⁵ Por isso também se diz que “o Estado não as cria para investir, buscando simplesmente lucro, mas sempre para implementar políticas públicas.”²⁷⁶ O elemento inspirador da tomada direta dos fatores de produção de bens e serviços pelo Estado, portanto, guarda relação com o atendimento a alguma finalidade pública.

As primeiras sociedades de economia mista verificadas na história, como por exemplo a Companhia das Índias Orientais, no século XVII, tiveram como escopo a exploração do comércio marítimo e obtenção de receita para a Coroa. Mas elas também desempenhavam funções tipicamente governamentais nas colônias e nos entrepostos, como por exemplo cunhar a moeda, manter um exército para proteção e decidir disputas, ou seja, eram uma manifestação do poder central onde se instalavam.²⁷⁷

¹⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?**. In: Carlos Ari Sunfeld; André Rosilho. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2014, v. 1, p. 136.

²⁷⁵ SCHNEIDER, Jens-Peter. **O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia**. Tradutor Vitor Rhein Schirato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 189-217, abr./jun. 2007, p.192.

²⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.265.

²⁷⁷ PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.226.

Conforme visto no Capítulo 1, e as estatais do século XX foram criadas com objetivos institucionais mais bem definidos, como verdadeiro mecanismo de intervenção no domínio econômico. No Brasil são, historicamente, um instrumento de execução de políticas públicas, que podem ser entendidas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”²⁷⁸ E se inserem na concepção de que necessidades fundamentais precisam ser satisfeitas mediante a intervenção estatal.

A introdução da ideia de política pública no direito administrativo e constitucional decorre da mudança paradigmática sobre o papel do Estado, cuja atuação antes se dava pelo princípio da legalidade estrita (*government by law*) e hoje se dá pela adoção de ações coordenadas para atingir os fins últimos a que se destina, uma nítida postura proativa (*government by policies*).²⁷⁹

Nesse contexto, fala-se em planejamento estatal da economia, que não pode ser confundido com planificação econômica ou com ausência de livre iniciativa ou de livre mercado. Eros Roberto Grau admite que um plano deve ser visto não como um modo especial de intervenção do Estado no domínio econômico, mas antes como um qualificador, apto a adjetivar qualquer das espécies de intervenção.²⁸⁰ O Estado brasileiro, por meio da intervenção direta na economia (valendo-se das empresas estatais), levou a cabo a política pública de industrialização do Brasil, conforme visto no capítulo 1 da pesquisa ora desenvolvida.

Mas, para além da implementação de políticas públicas, para que servem as estatais? Mario Engler Pinto Junior enumera outros objetivos econômicos que já foram perseguidos por intermédio das empresas do Estado: estabilização de preços e de tarifas para conter a inflação; contenção das importações para amenizar crises cambiais;

²⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.34, n.133, p.89-98 jan./mar. 1997, p.90.

²⁷⁹ COMPARATO, Fabio Konder apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo...**, p.90.

²⁸⁰ Para o autor, planejamento econômico pode ser entendido “como a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado.” GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p.65.

realização de compras de fornecedores locais para fomentar a produção nacional; realização de empréstimos internacionais para equilibrar as contas públicas; controle de acesso ao crédito bancário com vistas a gerar *superávit* primário.²⁸¹

Nessas hipóteses a estatal adota medidas que nem sempre atendem ao próprio objeto social da empresa para se alinhar a um suposto interesse público mais imediato e importante. A margem de espaço para atingir metas macroeconômicas é (ou deveria ser) mínima. Simone de Almeida Carrasqueira observa que, ao impor à estatal a persecução de objetivos outros que não a realização do próprio objeto social, prejudica-se a companhia e, no caso das sociedades de economia mista, acirra-se ainda mais a tensão entre acionistas minoritários e o ente controlador²⁸²

Chama a atenção a autora para a utilização indevida das estatais federais para a estabilização econômica, sobretudo por meio da vinculação a metas de superávit primário (isto é, a receita menos despesas, sem contar os juros da dívida pública). Elas contraem empréstimos para além de suas capacidades no exterior por razões alheias ao cumprimento do objeto social e ao fim a que foram destinadas. Trata-se de um desvio de finalidade.²⁸³

Mario Engler Pinto Junior também enfatiza que historicamente, a pretexto de coordenar a atuação das estatais e garantir um maior controle financeiro, sobretudo no período de forte pressão inflacionária, a gestão fiscal exercida pelos Ministérios e pelo Governo abafou a antes festejada autonomia dessas empresas e as fez servir a outros fins que não aqueles para os quais foram criadas.²⁸⁴ Vale lembrar que o Decreto-Lei nº 200/1967, com as alterações do Decreto Lei 900/1969, previa que cada empresa estatal seria vinculada ao Ministério em cuja área de competência estivesse enquadrada sua principal atividade.²⁸⁵

²⁸¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.245

²⁸² PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p..248.

²⁸³ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das empresas estatais e endividamento público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.68-70.

²⁸⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal...**, p.112.

²⁸⁵ Trata-se do Parágrafo único do art.4º: "Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade."

A ideia de controlar e coordenar a atuação das estatais federais como um todo teve início em 1957, com a criação da Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais (CDCN), cuja finalidade era a defesa da União nas sociedades de que o Tesouro Nacional seja acionista (art. 1º, caput). Segundo Affonso Almiro, foi uma primeira manifestação, tímida, de exercer algum controle coordenado sobre as sociedades de economia mista.²⁸⁶

O Decreto-Lei 147, de 03 de fevereiro de 1967, no art. 39 transformou a Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais em órgão permanente do Ministério da Fazenda, agora com a função de defesa e controle (sic) dos interesses da União nas sociedades de cujo capital o Tesouro Nacional participe, diretamente ou através de qualquer outra entidade. Também ficaram a ela vinculadas as empresas públicas e outros organismos de cujo capital, no todo ou em parte, seja titular o Tesouro Nacional, bem como as sociedades que tivessem como acionistas os entes mencionados no dispositivo legal (art.39). O Decreto 74.176, de 12 de junho de 1974 extinguiu a CDCN, atribuindo as funções de fiscalização e de controle da participação societária da União à Inspeção Geral de Finanças do Ministério da Fazenda.

Em 1979, o Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979 instituiu a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST) vinculada à Secretaria de Planejamento (SEPLAN) que possuía status ministerial. No contexto da hiperinflação dos anos de 1980 essa Secretaria concentrou competências para administrar as estatais federais

Após idas e vindas, e sucessivas denominações, atualmente o Departamento de Coordenação e Governança das Estatais (DEST) é o órgão de assistência direta e imediata do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão cuja competência diz, dentre outras, com a coordenação, e elaboração do programa de dispêndios globais de da proposta de orçamento de investimento das estatais (art.8, inciso I do Anexo I do Decreto nº 8.878, de 26 de novembro de 2015).²⁸⁷

²⁸⁶ ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p.109.

²⁸⁷ Nos termos do referido dispositivo: "Art. 8º - Ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais compete:

I - coordenar a elaboração do programa de dispêndios globais e da proposta do orçamento de investimento das empresas estatais, compatibilizando-os com o Plano Plurianual e com as metas de resultado primário fixadas, e acompanhar a respectiva execução orçamentária;

II - promover a articulação e a integração das políticas das empresas estatais, propondo diretrizes e parâmetros de atuação, inclusive sobre a política salarial e de benefícios e vantagens e negociação de acordos ou de convenções coletivas de trabalho;

III - processar e disponibilizar informações econômico-financeiras encaminhadas pelas empresas estatais;

É fato que a influência política sobre as estatais acaba ensejando desvios de finalidade. Pontes de Miranda, já nos Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 01 de 1969, chamava a atenção para a tendência dos Governos em desvirtuar a finalidade das estatais para atingir outros objetivos do próprio Estado. Para o autor, os

IV - manifestar-se sobre os seguintes assuntos relacionados às empresas estatais:

- a) criação de empresa estatal ou assunção, pela União ou por empresa estatal, do controle acionário de empresas;
- b) operações de reestruturação societária, envolvendo fusão, cisão ou incorporação;
- c) alteração do capital social e emissão de debêntures, conversíveis ou não em ações, ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários;
- d) estatutos sociais e suas alterações;
- e) destinação dos lucros e reservas;
- f) patrocínio de planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar, quanto à assunção de compromissos e aos convênios de adesão a serem firmados pelas patrocinadoras, aos estatutos das entidades, à instituição e adesão a planos de benefícios, assim como aos respectivos regulamentos e planos de custeio e à retirada de patrocínio;
- g) propostas, encaminhadas pelos Ministérios setoriais, de quantitativo de pessoal próprio, acordo ou convenção coletiva de trabalho, programa de desligamento de empregados, planos de cargos e salários, criação e remuneração de cargos comissionados, inclusive os de livre nomeação e exoneração e participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas; e
- h) remuneração dos administradores e conselheiros e a participação dos dirigentes nos lucros ou resultados das empresas;

V - operacionalizar a indicação, coordenar e orientar a atuação de representantes do Ministério nos conselhos de administração de empresas;

VI - coordenar o Grupo Executivo da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR e exercer as atribuições de Secretaria-Executiva da Comissão;

VII - exercer as funções de planejamento, coordenação e supervisão relativas aos processos de liquidação de empresas estatais federais;

VIII - acompanhar e orientar as atividades relacionadas com a preparação e a organização de acervo documental de empresas estatais federais submetidas a processos de liquidação, até a sua entrega aos órgãos responsáveis pela guarda e manutenção;

IX - promover o acompanhamento e a orientação dos procedimentos dos inventariantes e dos liquidantes nos processos em que atuam;

X - incumbir-se, junto a órgãos e entidades da administração pública federal, da regularização de eventuais pendências decorrentes dos processos de liquidação em que haja atuado na forma do inciso VII do caput;

XI - contribuir para o aumento da eficiência e transparência das empresas estatais e para o aperfeiçoamento e integração dos sistemas de monitoramento econômico-financeiro e para o aperfeiçoamento da gestão dessas empresas.

Parágrafo único. Fica delegada ao Diretor do Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais a competência para:

I - fixar, salvo norma especial, os honorários mensais dos dirigentes das entidades estatais federais a que se refere o caput do art. 3º do Decreto-Lei nº 2.355, de 27 de agosto de 1987, conforme diretrizes aprovadas na forma da alínea “e” do inciso I do caput do art. 3º do Decreto nº 6.021, de 22 de janeiro de 2007; ou

II - instruir o voto da União na matéria no caso de fixação de honorários em assembleia-geral. BRASIL. **Decreto nº 8.578, de 26 de novembro de 2015.** *Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e dispõe sobre a criação da Comissão de Transição e Inventariança da Extinta Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.* Disponível na internet: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8578.htm#art13>. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

estatutos sociais dessas empresas seriam lei, e como tal deveriam ser respeitados, de modo que “não cabe, por certo, qualquer insinuação que faça avançar ou recuar os limites que ela [lei] traçou.”²⁸⁸

A forma mais segura de garantir que uma estatal cumpra a finalidade para a qual foi criada é fazê-la cumprir o próprio objeto social, que já materializou e definiu o interesse público a ser perseguido – seja a prestação de um serviço público, seja a exploração de uma atividade econômica – ainda que outro interesse público²⁸⁹ mais nobre esteja em questão. Nesse sentido deve ser interpretado o art.238 da Lei nº 6.404/1976 que confere à pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista o poder de orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.²⁹⁰

Fato é que, por maior que seja o espectro possível de atuação de uma empresa estatal, ela não pode se prestar a toda e qualquer finalidade (im)posta pelo Poder Público. A empresa é apenas um dos instrumentos de que dispõe o Estado para o atingimento de suas funções. Os limites e as possibilidades dos mecanismos societários devem ser respeitados, inclusive sob pena de responsabilização por abuso de poder de controle.

291292

Compatibilizar a execução do objeto social aos planos de governo e ao mesmo tempo preservar a autonomia administrativa e a eficiência das estatais (conforme prevê

²⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.10-11.

²⁸⁹ A respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, conferir: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 420 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 21/02/2011.

²⁹⁰ “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.”

²⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. **Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas**. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n.49, p. 79-94, jan./mar. 2015, p.90.

²⁹² A respeito da proteção dos acionistas minoritários nas sociedades de economia mista, ver SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

o art. 26 Decreto-Lei nº 200/1967)²⁹³ não é tarefa simples. ²⁹⁴ A dificuldade é ainda maior quando se está a falar de sociedades de economia mista, ou seja, quando há interesses públicos e privados diretamente envolvidos.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago esclarecem que a opção legislativa pela forma empresarial de sociedade de economia mista, quando presentes as hipóteses constitucionais, traz consigo ao menos três premissas inarredáveis do próprio legislador, que não podem ser convenientemente ignorados ou afastados quando do funcionamento da empresa: a) existe um relevante interesse coletivo a ser atendido; b) a adoção da forma empresarial e descentralizada é a mais adequada no caso concreto; c) não é suficiente a presença apenas do ente público, e por isso a participação do capital privado traz benefícios, e permite que a obtenção do lucro potencialize e otimize a persecução da finalidade pública.²⁹⁵

Assim, uma vez escolhida a forma pela sociedade de economia mista para a execução de determinada atividade, as decisões empresariais nela envolvidas necessariamente devem ser conscientes em relação aos impactos diretos sobre o lucro potencial. Ou seja, lucro deverá haver, necessariamente, ainda que a médio ou longo prazo. Nada impede, porém que haja subsídios por parte do acionista (Estado) controlador.

Se, por um lado, a presença estatal traz consigo algumas desvantagens e riscos, benefícios outros interessam aos investidores, como por exemplo a atuação em mercados regulados e com demanda garantida ou de monopólio natural, oportunidade de acesso a linhas de crédito especiais, a influência política do próprio Estado controlador

²⁹³ “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.”

²⁹⁴ A respeito do conflito de interesses entre o Estado enquanto acionista controlador e os acionistas privados, conferir: DUCASTEL, Márcia Bataglin. **Conflito de interesses nas sociedades de economia mista: “interesse público versus “interesse privado**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Disponível na internet: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2420>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

²⁹⁵ MARQUES NETO, Florian de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. **Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas**. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n.49, p. 79-94, jan./mar. 2015, p.85.

para interferir diretamente no processo político de fixação de tarifas e de preços, entre outros fatores.²⁹⁶

Nesse sentido, Mario Engler Pinto Junior sustenta que a função social da empresa estatal não difere da função social da empresa privada, isto é, não se pode impor à estatal um ônus maior ou atribuições alheias ao objeto social sob o argumento de que a presença de recursos público na atividade econômica enseja o atendimento especial do caráter social.²⁹⁷

Para além da produção direta de bens e serviços, Calixto Salomão Filho destaca o papel regulatório das estatais que, inseridas em setores pouco regulados, podem planejar e lhes estruturar e direcionar o desenvolvimento.²⁹⁸ Como visto no capítulo 1, foi esse o papel das estatais nos primórdios do processo de industrialização e desenvolvimento do país a partir da década de 1940. Sendo criadas em caráter originário, isto é, tendo sido as primeiras a se instalarem, acabaram regulando todo o setor, direta ou indiretamente, seja pelo controle de preços, seja pelo volume de produção, dentre outros fatores. Nos setores de oligopólios diferenciados estimularam e desenvolveram a concorrência.²⁹⁹

A Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A, por exemplo, dada sua posição de destaque no setor do petróleo, ao celebrar parcerias com empresas privadas para a exploração conjunta de certas atividades, ou mesmo optando por investir em um ou em outro ramo, acabou influenciando, estruturando e planejando todo um mercado.

O estímulo a toda uma cadeia produtiva que se desenvolveu com a criação das estatais nos ramos da siderurgia, da energia elétrica e de telecomunicações fez perceber o potencial transformador e acelerador do crescimento econômico nacional. Essas grandes empresas não apenas geram inúmeros postos de trabalho, como também estão dispostas a investir em setores desinteressantes à livre iniciativa. O destaque feito por

²⁹⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regulação econômica e empresas estatais**. Revista de Direito Público da Economia, v. 15, p. 131-148, 2006, p.147.

²⁹⁷ O autor menciona, no entanto, o posicionamento diverso de Vera Helena de Mello Franco, para quem a presença majoritária do Estado em uma companhia teria o condão de enfatizar sua função social PINTO JUNIOR, M. E.. **Regulação econômica e empresas estatais**. Revista de Direito Público da Economia, v. 15, p. 131-148, 2006

²⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60.

²⁹⁹ PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.32, p.1-15, abr./jun. 1953, p.12.

Enrique Saraiva é o investimento das estatais brasileiras em pesquisa tecnológica, cujo exemplo elucida a magnitude de suas atuações. Simone de Almeida Carrasqueira, ao reconhecer a relevância do investimento tecnológico feito pelas estatais brasileiras ao longo da história, também destaca a essencialidade da contribuição delas para toda uma cadeia produtiva nos setores em que atuam.³⁰⁰

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), teve sua criação autorizada pela Lei nº5.851, de 7 de dezembro de 1972, sob a forma de empresa pública, com a finalidade promover, estimular e financiar atividades de pesquisa e desenvolver tecnologia para o setor agrícola. Trata-se de uma empresa internacionalmente reconhecida pelo trabalho que desempenha contribuindo de forma direta para o avanço das técnicas de cultivo e produtividade agrícola no país. Possui 8.619 empregados, dentre os quais 45% possuem titulação de mestres e 53% de doutores em suas respectivas áreas de atuação. O orçamento anual é na casa dos R\$ 877 milhões.³⁰¹

Outro exemplo é a Petrobras, que também financiou diretamente pesquisas voltadas à extração do petróleo em águas profundas e à maior eficiência nas técnicas de refino do produto. Foi criado por ela o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento Leopoldo A. Miguez de Mello – CENPES (Petrobras) em 1955. Anos depois, mais precisamente em 1992, sagrou-se vencedor do prêmio Offshore Technology Conference, o principal prêmio do setor petrolífero a nível mundial. Desde então, a Petrobras destina 1% de todo o seu faturamento bruto para o desenvolvimento de pesquisas.³⁰²

Os investimentos não ficaram apenas nisso. Em 1974 foi criado o Centro de Pesquisa de Energia Elétrica – CEPEL (Eletrobrás), na forma de associação civil sem fins lucrativos a ser mantida e financiada pela Eletrobrás com o objetivo de financiar e desenvolver pesquisas voltadas ao desenvolvimento do setor energético. No período de expansão das hidrelétricas nacionais, o apoio tecnológico e científico para a criação e

³⁰⁰ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das empresas estatais e endividamento público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.58-63.

³⁰¹ SARAIVA, Enrique. **As empresas estatais como instrumento da política científico-tecnológica**. Cadernos EBAPE>BR. Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, Edição Especial, 2005, p.12-13. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v3nspe/v3nspea08.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

³⁰² SARAIVA, Enrique. **As empresas estatais como instrumento da política científico-tecnológica**. Cadernos EBAPE>BR. Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, Edição Especial, 2005, p.12-13. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v3nspe/v3nspea08.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

instalação das linhas de transmissão e geração foi de fundamental importância. Hoje é o maior centro de pesquisas de energia elétrica do Hemisfério Sul.³⁰³

Em última análise, as estatais, prestando serviços públicos e/ou explorando a atividade econômica, ou ainda desempenhando o papel de regulação setorial, devem contribuir para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos limites do objeto social, contribuindo para o desenvolvimento nacional e assegurando a todos os indivíduos uma existência digna, sob os fundamentos da justiça social, nos termos do art. 170, caput da Constituição.

3.2 A QUESTÃO DO LUCRO

Por Estado empresário se pretende fazer menção à forma pela qual o Estado intervém diretamente no domínio econômico por meio de suas empresas bem como a função por elas desempenhada. Ao se colocar ao lado dos particulares na exploração da atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja concorrendo com outros agentes, o Estado pode ser considerado, *guardadas as devidas proporções*, um empresário. A aproximação é feita a partir do que dispõe o art.966 do Código Civil de 2002: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

A ressalva é feita porque, ao contrário da livre iniciativa que se vale da empresa para a persecução de retornos financeiros sob a perspectiva capitalista, a razão de ser de o Estado assumir a forma empresarial para, profissionalmente, explorar alguma atividade econômica para a produção de bens e serviços tem no lucro um elemento accidental e secundário que, aliás, nem sempre existirá. Para alguns autores, o melhor parâmetro a ser utilizado para aferir o desempenho dessas pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta é aquilo que denominam de custo-benefício-social, aferido pela realização da maior quantidade e qualidade de serviços prestados com um mínimo possível de recursos.³⁰⁴

³⁰³ SARAIVA, Enrique. **As empresas estatais como instrumento da política científico...**, p.9..

³⁰⁴ PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresas estatais**. (Coleção direito econômico). São Paulo: Saraiva, 2013, p.18.

Carlos Ari Sundfeld explica que o binômio lucro e prejuízo é critério para aferição do êxito ou do fracasso de atividades desenvolvidas com a finalidade de saldos econômicos positivos, a partir da qualificação jurídica.³⁰⁵ Mesmo no caso da prestação de serviços públicos, a titularidade atribuída ao Estado não lhe garante o poder de auferir renda – não no mesmo sentido das atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares.

No caso das sociedades de economia mista, a presença de particulares que investem seu capital torna o objetivo lucrativo mais imediato – caso contrário, pouco ou nenhum interesse haveria para que houvesse a sociedade. No caso das empresas públicas, porém, onde o capital social é público, em não sendo, a princípio, objetivo do Estado produzir riquezas, a centralidade da atuação estaria voltada à persecução de objetivos sociais, para a satisfação das necessidades básicas e aumento do bem-estar da população.³⁰⁶

Carlos Ari Sundfeld destaca que o caráter subsidiário das empresas estatais leva à compreensão de que a integralização do capital público não pode ser compreendida sob a ótica privada como simples investimento financeiro, a partir do qual se espera retorno lucrativo. Nada obstante o figurino privado, as estatais são um instrumento da Administração Pública.³⁰⁷

Geraldo Ataliba, em parecer emitido a respeito da incidência ou não da contribuição social sobre o lucro da Companhia de Saneamento do Paraná S.A - SANEPAR, valendo-se da distinção entre estatais exploradoras da atividade econômica (art.173 da Constituição) e as prestadoras de serviço público (art.175 da Constituição) defendia que, em relação a essas últimas, o regime jurídico de direito público não poderia ser afastado. Por essa razão, para o autor, sequer poder-se-ia falar em lucro ou prejuízo,

³⁰⁵ A ressalva é feita porque, a reserva mental do empreendedor, de não obter lucros para si próprio, não desqualifica a natureza jurídica do resultado financeiro obtido. SUNDFELD, Carlos Ari. **Entidades administrativas e noção de lucro**. Revista Trimestral de Direito Público, v. n.º 6, p. 263-268, 1994, p.265.

³⁰⁶ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das empresas estatais e endividamento público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.59.

³⁰⁷ SUNFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.265.

mas sim de *superávit* ou *déficit*: “[A] estatal prestadora de serviço público não tem, nem pode ter lucro.”³⁰⁸ Eventual excedente contábil seria accidental e instrumental.³⁰⁹

O autor admitia que, no caso dos monopólios atribuídos à União (art.177), o lucro é permitido, e decorreria da própria atividade desenvolvida. É que, diferente do que ocorreria com a prestação de serviços públicos, onde a atividade em si seria a destinação da companhia, e o superávit, se ocorresse, seria instrumental, nas atividades econômicas ocorre justamente o contrário: o lucro é a finalidade, e o desenvolvimento da atividade em si é mero instrumento.

Sob essa mesma linha de pensamento, Geraldo Ataliba defendia que “o único meio normal do Estado ter receitas é tributar, segundo as pautas constitucionais.”³¹⁰ Não poderia ser o elemento motivador da intervenção direta do Estado na economia a captação de receita, sob pena de desvirtuamento da própria função pública. Essa mesma ideia é defendida por José Casalta Nabais a respeito das implicações do Estado Fiscal. Explica o autor que se o constituinte atribuiu ao Estado o poder soberano de estipular tributos, “partiu do princípio que o Estado e os demais entes públicos congêneres estavam cingidos a esse direito porque nenhuma outra possibilidade teriam.” Os

³⁰⁸ Nas palavras do autor: “Quando exerce serviço público, o Poder Público age com as prerrogativas próprias do regime administrativo. Se pode abrir mão de uma ou outra prerrogativa, é certo que não pode igualar-se inteiramente aos privados. A função acompanha-os. Os encargos aderem à atividade e à pessoa criada pelo estado para seu exercício, de modo inafastável. Não há milagre que possa permitir o legislador sacudir os ombros para afastar os ônus, limitações e sujeições que acompanham o dinheiro público, o patrimônio público, a função pública.” ATALIBA, Geraldo. **Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro). Parecer.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.200, p.348-3622, abr./jun.1995, p.351.

³⁰⁹ Egon Bockmann Moreira avalia que ao contrário do que ocorre quando a prestação dos serviços públicos se dá diretamente pelo Estado, em havendo concessão à livre iniciativa, o lucro será intencional pelo particular, e não pode ser negado pelo poder concedente, sob pena de inviabilizar a própria concessão. Os investimentos feitos pelos empreendedores se dão justamente sob a perspectiva de bons resultados lucrativos. O fundamental, para o autor, é que, “em contrapartida ao lucro, os contratos há de prever prestações extraordinárias, para além daquelas outrora atribuídas ao Estado (...) Não haveria lógica alguma em instalar a concessão com o intuito de gerar regalias ao concessionário ao passo que os usuários permaneceriam recebendo prestações idênticas àquelas outrora fornecidas pelo Poder Público.” **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral).** São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.28.

³¹⁰ ATALIBA, Geraldo. **Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro). Parecer.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.200, p.348-3622, abr./jun.1995, p.355.

particulares teriam a prerrogativa de perseguir o lucro na atividade empresarial ou profissional.³¹¹

Jacinto Arruda Câmara entende não ser incompatível com o ordenamento jurídico que entes administrativos obtenham saldos positivos financeiros, desde que exerçam suas atividades nos limites legais. Segundo o autor, a crítica ao lucro das estatais adviria da ideia de que a finalidade última do Estado não seria lucrar e que esse lucro seria uma injusta exploração dos cidadãos.³¹²

Nuno Cunha Rodrigues sustenta que é da natureza empresarial a persecução do lucro. Pretender que o Estado se valha de mecanismos próprios de empresas, mas ao mesmo tempo lhe seja sonhado o escopo lucrativo seria uma contradição em termos, o que desnaturaria a própria ideia de empresa. Para o autor, caso o Estado assuma que o lucro não deva ser um elemento presente, deve então buscar por outra forma de execução das atividades – como, por exemplo, a atribuição da tarefa a um órgão da administração direta.³¹³

Dessa afirmação, porém, não se pode extrair nenhum mandamento constitucional que impeça a obtenção de excedente em relação às receitas e despesas. Mesmo em se tratando de serviço público prestado por alguma estatal, a atividade deve ser autossustentável, isto é, a receita obtida como contraprestação pelos serviços deve assegurar não apenas a cobertura dos custos inerentes, mas também algum excedente capaz de garantir investimentos constantes para a melhoria e para ampliação desses mesmos serviços.³¹⁴

A finalidade de implementação de políticas públicas não significa a obrigação de operação em regime deficitário – sobretudo porque esse déficit será suportado, em última análise, por todos os contribuintes – mas que o superávit possa ser reduzido em prol dos objetivos a serem alcançados. E a ciência de que isso pode ocorrer orienta a escolha dos

³¹¹ NABAIS, José Casalta *apud* RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden-Shares” As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.43.

³¹² ARRUDA CÂMARA, Jacinto. **O lucro nas empresas estatais**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 37, p. 9-18, 2012, p.265.

³¹³ RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden-Shares” As empresas participadas...**, p.82.

³¹⁴ ATALIBA, Geraldo. **Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro)**. Parecer. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.200, p.348-3622, abr./jun.1995, p.355.

acionistas particulares quando da realização de seus investimentos em alguma companhia do Estado.³¹⁵

Tal raciocínio se justifica na medida em que “quando a estrutura estatal deixa de constituir-se em um meio para se tornar um fim em si mesmo, infringe-se a concepção republicana que justifica a manutenção da presença e da estrutura do Estado.”³¹⁶

Ocorre, porém, que, não obstante essa função administrativa a que estão vocacionadas, as estatais são empresas, que têm um objeto social específico a cumprir.³¹⁷ E isso também é importante para que ao menos sejam autossuficientes e não gerem prejuízos ao Estado. Jacintho Arruda Câmara também observa que, em não sendo dependente do tesouro, a estatal adquire maior autonomia, desonera os cofres públicos, o que permite a destinação da receita tributária para outras finalidades. Para além disso permite-se que a própria empresa reinvesta na atividade ou mesmo repasse dividendos ao acionista controlador.³¹⁸

Em se tratando de atividade empresarial praticada pelo Estado em regime de concorrência, a prática de preços aquém daqueles praticados pelo mercado, ou mesmo abaixo do preço de custo, pode, eventualmente, configurar violação às regras de concorrência.³¹⁹

³¹⁵ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das empresas estatais e endividamento público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.61.

³¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.12.

³¹⁷ Interessante também é a observação feita por Marcia Carla Pereira Riberio, no sentido de que “A não essencialidade do lucro e a perspectiva de não ser produzido adquirem contornos interessantes na companhia de economia mista. Os particulares que associam o seu capital ao capital público no empreendimento fazem, normalmente, pela perspectiva lucrativa. Já o ente público, ao optar pela participação na vida econômica sob forma de sociedade de economia mista, ou seja, praticando atos de natureza privada, atípicos nos domínios da administração pública, não poderá guiar-se pela busca do lucro. A noção de empresa não tem como pressuposto o resultado lucrativo, mas a perspectiva lucrativa é que justifica o risco assumido pelo empreendedor privado quando se lança na atividade de organização dos meios de produção.” RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. 1ª ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004, p. 55.

³¹⁸ ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **O lucro nas empresas estatais**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 37, p. 9-18, 2012, p.26-269.

³¹⁹ Eros Grau anota que as empresas estatais, sobretudo as exploradoras da atividade econômica em sentido estrito, caso desempenhem suas atividades em regime deficitário, acabariam por incidir em concorrência desleal. “Em outros termos: atuariam então, tais empresas, em regime de dumping, na medida em que impediriam (...) o exercício pleno da concorrência, nos mercados, pelas empresas privadas que poderiam advir a tais mercados.” GRAU, Eros Roberto. **Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 55, 1984, pp. 35-59.

Em síntese, o lucro até pode existir numa empresa estatal, mas não deve ser “o elemento balizador de sua existência.”³²⁰ Para Marcia Carla Pereira Ribeiro, o lucro ou excedente contábil, sempre que existir, deve ser reinvestido na própria atividade da empresa estatal, e não ser apropriado pelo poder público como fonte de receita, sob pena de violar o princípio da legalidade, já que as rendas públicas provêm da arrecadação de tributos.³²¹

Affonso Almiro, já em 1962, constatava uma situação inusitada: o déficit das estatais era financiado pelo Tesouro Nacional, ao passo que, em havendo lucro, ele era integralmente absorvido pela própria atividade. Em não sendo uma via de mão dupla, as estatais acabavam minando os recursos públicos, sem muita responsabilidade.³²²

Seja como for, o Estado, na qualidade de acionista, também recebe parcela dos dividendos. Prova disso é que, pouco antes do fim do ano de 2015, o BNDES repassou ao Tesouro Nacional aproximadamente R\$ 4,8 bilhões em dividendos. No ano de 2008, o mesmo banco pagou ao Tesouro R\$ 63 bilhões. Com isso, aliviam-se os déficits orçamentários, porque, sob a ótica do direito financeiro, esses repasses se caracterizam como receitas públicas.³²³

Para além do papel das estatais e do que elas podem ou devem fazer com o lucro (ou receita) das atividades que desempenham, o próximo tópico procura trazer à tona alguns números recentes sobre as estatais, já que no capítulo 1 muitos outros foram trazidos sobre elas, mas em relação ao passado histórico.

3.3 AS ESTATAIS EM NÚMEROS

³²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. 1ª ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004, p. 55.

³²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**..., p. 56.

³²² Nas palavras do autor: “[é] curioso observar que algumas das empresas deficitárias, e que conseqüentemente vão ao Tesouro para obter a respectiva cobertura, possuem subsidiárias que apresentam lucro, sendo que tal lucro é reinvestido na própria subsidiária e portanto não deduzido do seu prejuízo!” ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p.46.

³²³ NEDER, Vinicius; FERNANDES, Adriana. **BNDES vai pagar R\$ 4,8 bilhões em dividendos à União**. Exame.com, notícia veiculada na seção economia, em 26/12/2015. Disponível na internet:< <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/bndes-vai-pagar-r-4-8-bilhoes-em-dividendos-a-uniao>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), órgão integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Estado do Brasil tem como função aperfeiçoar a função do Estado enquanto acionista das empresas estatais, incentivando a adoção de boas práticas de governança corporativa e potencializando os investimentos da União em benefício da sociedade. As estatais federais vinculadas ao DEST são aquelas em que a União direta ou indiretamente detém a maioria do capital social com direito de voto, isto é, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias controladas.³²⁴

O Brasil possuía, em 31/12/2013, 141 empresas estatais federais (em 2008 o número era de 127).³²⁵ Deste total, 87,2% delas atuava no chamado setor produtivo, ou seja, empresas submetidas à Lei nº 6.604/1976 e exploravam os setores de petróleo, energia elétrica, transportes, comunicações, saúde, pesquisa e desenvolvimento; e 12,8% delas estava no setor financeiro, isto é, instituições que integravam o Sistema Financeiro Nacional, reguladas pelo Banco Central do Brasil e submetidas à Lei nº 4.595/64.

Juntas, as estatais federais possuíam em 2008, 460.569 (quatrocentos e sessenta mil quinhentos e sessenta e nove) empregados próprios. Em 2013 esse número saltou para 550.029 (quinhentos e cinquenta mil e vinte e nove). As quatro empresas com maior número de empregados são a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, com 125.420 (cento e vinte e cinco mil quatrocentos e vinte mil); o Banco do Brasil S.A – BB, com 114.892 (cento e quatorze mil oitocentos e noventa e dois); a Caixa Econômica Federal – CAIXA, com 98.198 (noventa e oito mil cento e noventa e oito); e a Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRAS, com 60.691 (sessenta mil seiscentos e noventa e um mil) empregados próprios.

Ainda em 2013, 18 estatais federais eram dependentes do Tesouro Nacional³²⁶ e, segundo o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, elas

³²⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Perfil das Empresas Estatais Federais, 2013....**

³²⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Perfil das Empresas Estatais Federais, 2013** / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/dest-1/perfil-das-empresas-estatais-1/2014_ano-base_2013_3.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

³²⁶ A lista completa das estatais federais dependentes do Tesouro Nacional pode ser acessada BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Empresas Estatais Federais Acompanhadas pelo DEST.

atuavam em áreas onde a presença do Poder Público se faz necessária para dotar o País de infraestrutura, bem como fomentar e apoiar o seu desenvolvimento. Os recursos foram recebidos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social. A título de exemplo, citem-se a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, responsável pela execução da política agrícola de fixação de volumes mínimos de estoques reguladores e estratégicos, e do Programa de Aquisição de Alimentos do Governo Federal (PAA). Essa empresa recebeu do Tesouro, no ano de 2013, R\$ 96,4 milhões. Destaque merece ser feito ainda à Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL, que somados os recursos recebidos do Tesouro, mais a receita da comercialização de material bélico, teve receita de R\$ 79,0 milhões.³²⁷

Na década de 1990 (ou seja, entre 1990 e 2000, inclusive), apesar do Plano Nacional de Desestatização e da política de privatizações, 20 novas estatais foram criadas³²⁸, ao passo que, no mesmo período outras 36 foram privatizadas, isto é, alienadas à iniciativa privada.³²⁹ Ainda, entre 2000 e 2013 (inclusive), foram criadas 48 novas estatais federais. Entre 2000 e 2005, 5 outras empresas foram privatizadas. Não se teve acesso às informações oficiais a respeito das estatais privatizadas a partir de 2005 até a conclusão da presente pesquisa.

Segundo fontes não oficiais, entre 2010 e abril de 2013, em meio à crise econômica mundial, as empresas estatais controladas pelo Tesouro Nacional aumentaram em 40 mil o número de funcionários.³³⁰

Dependentes do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/140911_empresas_dependente_tesouro_nacional.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

³²⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Perfil das Empresas Estatais Federais, 2013 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/dest-1/perfil-das-empresas-estatais-1/2014_ano-base_2013_3.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

³²⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Empresas estatais federais acompanhadas pelo DEST por data de criação, constituição e transferência <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/univest_privatizadas.pdf/view>. Acesso em 09 de fevereiro de 2015.

³²⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Empresas estatais federais privatizadas desde 1990**. Disponível em: <file:///C:/Users/Aulus/Downloads/UnivEst_privatizadas%20(2).pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

³³⁰ A notícia foi publicada virtualmente no dia 15 de setembro de 2013. Disponível na internet: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/15/enquanto-lucros-e-investimentos-patinam-estatais-ganham-40-mil-novos-funcionarios-no-governo-dilma/>>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

No setor bancário, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, e a Caixa Econômica Federal, empresa pública, juntos empregam cerca de 40% dos bancários do país. Em primeiro lugar está o Banco do Brasil, com 130,6 mil empregados; depois o Itaú e a Caixa Econômica, com 121,8 e 117,2 mil empregados, respectivamente. O 4º maior banco empregador é o Bradesco, responsável por 98,7 mil postos de trabalho. Estes dados são de 2012.³³¹

A análise dos números deve ser cautelosa, sob pena de conclusões precipitadas. Um primeiro olhar, no entanto, revela que entre 1990 até 2005, oficialmente, foram privatizadas 41 estatais federais, ao passo que foram criadas outras 50 estatais federais, de onde se poderia afirmar que no período houve um aumento do número de estatais federais, por paradoxal que possa parecer. As estatais continuaram, e ainda continuam sendo uma ferramenta utilizada pelo Governo Federal. Entre 2008 e 2013 (inclusive), um total de 14 novas estatais foram criadas. O relatório oficial do Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais não faz referência à privatização de nenhuma empresa da União nesse mesmo período.³³²

Ressalva há que ser feita, no entanto, dos limites dessa conclusão, que apenas leva em conta os números de forma estática, sem considerar, por exemplo, o crescimento econômico, o Produto Interno Bruto, o crescimento populacional e o consequente aumento da demanda por bens e serviços, a abertura dos mercados internacionais e o próprio crescimento das empresas estatais em seus respectivos espaços de atuação, que instituíram subsidiárias e desenvolveram outros mecanismos de atuação empresarial. Do mesmo modo, não está em consideração quais estatais foram privatizadas e quais outras foram criadas, ou seja, não foi considerada a importância setorial de cada qual dessas empresas.

Nada obstante, pode-se concluir, para o objetivo específico das informações ora trazidas que, em si mesmo, o mecanismo de intervenção direta na economia por meio

³³¹ A notícia foi publicada virtualmente no dia 19 de setembro de 2013. Disponível na internet: < <http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/19/em-expansao-gigantes-estatais-bb-e-caixa-empregam-40-dos-bancarios-do-pais/>> Acesso em 29 de setembro de 2013.

³³² BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Perfil das Empresas Estatais Federais, 2013** / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2014. Disponível em:< http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/dest-1/perfil-das-empresas-estatais-1/2014_ano-base_2013_3.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2016.

das estatais subsistiu às privatizações e continua sendo utilizado – ainda que em ritmo menor, se considerado à década de 1970, período em que as estatais atingiram o número máximo, conforme visto no capítulo 1.

3.4 PARA ONDE APONTARÁ O PÊNDULO?

Caio Tácito em 1995 já constatava uma tendência cíclica da intensidade da presença direta do Estado brasileiro na economia por meio das empresas estatais. O pêndulo atingiu o ápice de sua trajetória no final da década de 1970, início dos anos de 1980, momento em que a quantidade de estatais criadas se mostrou excessiva, e aí as privatizações. Mesmo na década de 1990, novas estatais continuaram a ser criadas – ainda que em ritmo menor, é verdade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que uma sociedade pluralista, tal como reconhecida pela Constituição de 1988, fez multiplicar os interesses a serem protegidos e isso mitigou a imputação da tutela do chamado interesse público apenas pelo Estado – senão por outra razão, por motivos pragmáticos. O Estado não dispõe de tantos recursos quantos necessários para atender a tudo o que lhe é demandado. Por isso, o incremento da atividade administrativa de fomento à iniciativa privada, inclusive por intermédio de parcerias entre o setor público e o privado pode ser visto como uma decorrência do princípio da subsidiariedade, tratado no capítulo 2.³³³

Com o esgotamento da capacidade de investimento direto do Estado na economia, ante a necessidade premente de redução dos gastos públicos, as Parcerias Público-Privadas foram institucionalizadas pela Lei nº 11.079/2004. Segundo Paula Forgioni, trata-se, na essência, de um mecanismo de transferência para o setor privado de atribuições que caberiam, num primeiro momento, ao setor público.³³⁴

Funções próprias do Estado, tais como segurança pública, poder de polícia, defesa nacional, relações internacionais, legislação e jurisdição, por exemplo, por serem indelegáveis aos particulares devem concentrar os esforços diretos do Estado. Por outro

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.28-29.

³³⁴ FORGIONI, Paula A. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 15, p. 147-159, 2006, p. 152.

lado, atividades outras, ainda que de interesse social, como por exemplo saúde, educação, cultura e assistência, ou de cunho econômico, como produção de bens e de serviços, são regidos pelo princípio da subsidiariedade, devendo o Estado agir em última *ratio*, quando a livre iniciativa for omissa ou incapaz de agir. Mesmo em relação aos serviços públicos, mecanismos de parceria e de fomento devem ser privilegiados pelo Estado.³³⁵

E talvez o exemplo mais emblemático que sinaliza na direção do fortalecimento de parcerias com a iniciativa privada na história recente do país seja o Programa de Investimento em Logística, do Governo Federal. A previsão é de que sejam investidos R\$ 198,4 bilhões em concessões de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.³³⁶

O volume de contratações e de concessões que vem sendo verificado permite concluir que a opção pelas formas de prestação indireta dos serviços (públicos ou não) fundamentais ao desenvolvimento do país já não é mais pela criação de estatais. Não que elas ainda não existam e não continuem sendo criadas, mas sim porque a criação delas já não se dá no mesmo ritmo de outrora.

No contexto desses novos mecanismos de atuação estatal, alternativamente à clássica sociedade de economia mista, caracterizada sobretudo pelo poder de controle do Estado titular da maioria do capital votante, tem se tornado comum a participação estatal em empresas privadas na qualidade de acionista minoritário. Segundo Mario Engler, o objetivo principal é não tornar a presença estatal na companhia um elemento caracterizador das tradicionais sociedades de economia mista e, por consequência, atrair uma série de obrigações inerentes, como por exemplo a necessidade de licitação, respeito às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal e do controle exercido pela Administração Pública.³³⁷

A presença minoritária do Estado lhe permite saber e participar de forma ativa e direta das decisões empresariais, ao mesmo tempo em que não afasta a agilidade, a eficiência e a liberdade de atuação característica da livre iniciativa. Segundo Mario

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública...**, p.31-32

³³⁶ A informação consta no site especificamente criado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em:< <http://www.logisticabrasil.gov.br/>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

³³⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.174.

Engler, a questão está na aceitação e do comportamento estatal compatíveis com a participação minoritária³³⁸, posição que ainda causa um certo desconforto a quem até então detinha o poder de controle.^{339 340}

Marçal Justen Filho explica que a participação minoritária do Estado em empresas particulares configura uma manifestação diferenciada de fomento, porque visa a induzir a iniciativa privada a desenvolver certa atividade econômica.³⁴¹ E tal fenômeno vem se tornando cada vez mais frequente, sobretudo após a recente crise econômica de 2008. Neste modelo de atuação, o Estado não detém o poder de controle da empresa, mas figura como um sócio dos particulares, e por isso, ao lado destes também assume os riscos da atividade econômica. Ocorre que a simples presença estatal minoritária na conformação societária não faz da empresa uma estatal e muito menos um ente integrante da Administração Pública.³⁴² Carlos Ari Sundfeld denomina estas empresas como semiestatais³⁴³ e reconhece a relevância dessa estratégia de atuação do Estado na economia.³⁴⁴

³³⁸ A respeito da participação estatal minoritária, consultar RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden-Shares” As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

³³⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.

³⁴⁰ Em 2011 a BNDES Participações converteu debêntures emitidas pela JBS Friboi de sua propriedade em 493.968 mil ações desta coligada, equivalentes a R\$ 3.477.568 mil, aumentando seu percentual de participação de 17,60% para 31,35% do capital social. Informação divulgada nas Demonstrações Financeiras da BNDES Participações S.A. - BNDESPAR Referentes aos Exercícios Findos em 31 de Dezembro de 2011 e de 2010 e Relatório dos Auditores Independentes. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/1211_BPAR.pdf>. Acesso em 5 de novembro de 2013.

³⁴¹ O autor entende ser possível enquadrar esta hipótese no conceito de fomento, “eis que se trata essencialmente de induzir a iniciativa privada ao desenvolvimento de atividades socialmente desejáveis.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 727-730.

³⁴² Um instrumento possível para a implementação desta modalidade de fomento é a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE). “A SPE (sociedade de propósito específico) não se constitui em uma modalidade societária autônoma. Trata-se de uma sociedade autônoma de direito privado, subordinada ao regime correspondente. [Há a] adoção de um objeto social limitado e específico, a que se agrega uma função empresarial determinada.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 729.

³⁴³ O tema da participação minoritária do Estado em empresas privadas é relativamente novo e recente na doutrina pátria e enseja um sem número de reflexões interessantes a respeito dos limites e das possibilidades deste agir estatal. Entretanto aprofundar este tópico extrapolaria as forças desta pesquisa.

³⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. **Empresas semiestatais**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p.75-99, out./dez. 2011, p.76.

Esses dois fatos, de um lado a diminuição do ritmo de criação de empresas estatais, e de outro o crescente uso de novos mecanismos de fomento e de parcerias com a iniciativa privada, sugerem que o pêndulo da intervenção aponta para um Estado Subsidiário. Isso não significa a concepção de um Estado Mínimo. A diferença entre um e outro é que o Estado mínimo só exerceria as atividades essenciais, relegando os particulares e a iniciativa privada à própria sorte. No Estado Subsidiário, são exercidas as funções típicas, e de forma subsidiária as atividades econômicas e sociais que não são desempenhadas a contento pelo regime da livre iniciativa.³⁴⁵

De igual modo não se pode interpretar na subsidiariedade um limite à intervenção estatal apenas para a correção das chamadas falhas de mercado. O ativismo empresarial revela objetivos mais ambiciosos para o Estado: a promoção do bem-estar da coletividade.³⁴⁶

3.5 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

É atribuída a Eros Grau a explicação segundo a qual a atividade econômica em sentido amplo seria um gênero que compreenderia como espécies a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. A segunda espécie contempla atividades titularizadas pelo Estado, a quem compete prestá-las diretamente ou por meio de concessão ou permissão; a primeira espécie diz com atividades afetas à livre iniciativa e à livre concorrência, onde circulam livremente bens e serviços. A principal função dessa classificação é a de fazer incidir um regime de direito público, no caso dos serviços públicos, ou um regime de direito privado, no caso das atividades econômicas. Nesse sentido também se diz que as estatais ou prestam serviços públicos ou exploram a atividade econômica, em regime de monopólio ou de concorrência.

³⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.31.

³⁴⁶ Mario Engler Pinto Junior cita Joseph Stiglitz para dizer que as falhas de mercado estão relacionadas a “(i) estruturas concentradas que dificultam ou excluem a competição, inclusive em decorrência de monopólio natural; (ii) fornecimento de bens públicos não passíveis de consumo excludente; (iii) presença de externalidade sociais positivas ou negativas não captadas pelo mecanismo de preço; (iv) fortes assimetrias de informação; (v) incompletude dos mercados; e (vi) situações conjunturais de grave crise econômica.” PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.237.

Viu-se que essa diferenciação já começa a mostrar sua fragilidade – de onde se questiona também a própria utilidade – quando se percebe que uma mesma estatal tanto presta serviços públicos quanto explora a atividade econômica. Ademais, ainda que a Constituição preveja no art. 173, §1º, II que o regime das exploradoras da atividade econômica será o mesmo das empresas privadas, as diversas ressalvas constitucionais, em verdade, impõem à estatal um regime jurídico próprio, e específico.

Além do papel mais evidente verificado na produção de bens ou de serviços, também se percebe que as estatais ao mesmo tempo em que têm um objeto social a cumprir, por serem integrantes da Administração Pública Indireta, devem estar coordenadas e em sintonia com a política pública setorial. A tensão aumenta quando a realidade demonstra uma tendência disfuncional da companhia que, não raro, é forçada a perseguir objetivos macroeconômicos ou políticos imediatos, em detrimento dos objetivos para os quais foram criadas.

Não se coloca adentrar no mérito dos supostos interesses públicos justificadores de operações realizadas pelas companhias para realizar manobras fiscais de superávit ou para atender a outras finalidades. O limite da atuação empresarial do Estado está no fiel cumprimento do objeto social da empresa por ele constituída, cuja lei já materializou o interesse público a ser perseguido. Com isso não se nega ao Estado o poder/dever de satisfazer outras necessidades, mas apenas significa dizer que, se quiser fazê-lo, deverá optar por outros mecanismos de que dispõe. Em outras palavras, as estatais podem muito, mas não podem tudo.

A possibilidade ou não de auferirem lucros foi colocada à prova. Ainda que não se deva admitir que a razão de ser da companhia administrada pelo ente público seja a captação de receitas, o lucro não pode ser vetado, sob pena de descaracterizar a própria forma empresarial – escolhida pelo legislador, é preciso não esquecer. O excedente contábil da estatal que cabe ao Estado acionista, deve ser reinvestido na própria atividade para a expansão e para melhoria dos serviços, tanto quanto possível e necessário. Nada obstante o dever ser, é comum a prática dos governos de receber dividendos dessas estatais e contabilizá-los como receitas extraordinárias, fato que, para muitos, é uma manobra contábil que satisfaz a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os números oficiais sobre a quantidade de empresas estatais sugerem que, subtraído o número de empresas privatizadas da quantidade de novas criadas até 20005 – período em que ambas as informações estavam compiladas pelo Governo Federal quando do encerramento do trabalho – nominalmente houve um aumento de estatais federais.

A despeito disso, há indícios de que o princípio da subsidiariedade da intervenção direta do Estado ainda vige, porquanto novas formas de incentivo, fomento e estímulo à iniciativa privada vêm sendo implementados, aliás, com expressiva intensidade.

CONCLUSÕES

A empresas públicas e as sociedades de economia mista foram o veículo de implementação da política pública de industrialização e desenvolvimento nacionais. Atuando em setores estratégicos e essenciais como petróleo, siderurgia e energia elétrica, a intervenção estatal não suprimiu nem tomou espaço da livre iniciativa, ao contrário, foi justamente o capitalismo monopolista estatal o responsável por estabelecer as bases para que a iniciativa privada pudesse se desenvolver.

Conforme demonstrado, a existência da empresa estatal, por si só não indica um alinhamento ideológico à esquerda ou à direita. Trata-se de uma ferramenta com potencial bastante amplo para, ao mesmo tempo, desenvolver atividades de produção de bens e serviços e estruturar e regular toda uma cadeia produtiva que se estabelece ao seu entorno.

Talvez o principal traço diferenciador das estatais brasileiras em relação às europeias é o de que, por aqui, elas tiveram caráter originário, ou seja, foram pioneiras em seus respectivos setores – e talvez também por essa razão tenham crescido com tamanha rapidez, em termos históricos.

A doutrina costuma relacionar o surgimento das empresas públicas às tensões entre os interesses privados e o chamado interesse público que marca a existência das sociedades de economia mista. Cronologicamente, primeiro teriam sido criadas as sociedades de economia mista, como uma espécie de meio termo entre a prestação direta dos serviços pela própria Administração e a concessão à livre iniciativa. A forma jurídica empresarial é explicada como uma tentativa de fuga para o direito privado, isto é, a descentralização administrativa que cria uma estatal teria como objetivo permitir que a dinâmica e a estrutura empresariais conferissem eficiência também às atividades desenvolvidas pelo próprio Estado. Conquanto não tenha sido objeto da pesquisa o regime jurídico das estatais, o próprio texto constitucional delineia deveres que impedem seja afirmado que as estatais operam sob um regime (exclusivamente) de direito privado.

Fato é que no início dos anos de 1980 os ventos mudaram. As estatais, que até então eram a solução para a industrialização e para o desenvolvimento do país, passam a ser vistas como a causa de boa parte dos males nacionais. A excessiva centralização

administrativa, aliada à falta de quadros próprios de pessoal e ao corporativismo e apadrinhamentos político-partidários minaram as estatais. O que antes era solução, agora era um problema a ser resolvido. Falava-se então em desburocratização, depois em desestatização e, nos anos de 1990, em privatização.

Se, por um lado o Estado se retira da gestão direta dos fatores de produção, por outro aprimora outras formas de intervenção, sobretudo com o fortalecimento da regulação. É na década de 1990 que são criadas as Agências Reguladoras no Brasil.

O constituinte de 1988, disciplinou a ordem econômica, enfatizando a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Houve algo como uma divisão de tarefas entre Estado e particulares. Os serviços públicos, os monopólios, bem como o papel de regular, incentivar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada foram atribuídos ao primeiro; ao passo em que a atividade econômica ficou a cargo da iniciativa privada.

O art.173 da Constituição prevê que, ressalvados os casos expressamente previstos na própria Constituição, apenas para atender a relevante interesse coletivo poderá o Estado, autorizado por lei específica, explorar a atividade econômica. O problema é que o texto não delimita expressamente o que possa caber em cada uma dessas expressões. De início, compete ao jurista verificar a competência legislativa. Em se tratando de segurança nacional, apenas a União, por iniciativa de proposta legislativa da Presidência da República, poderá explorar atividade econômica. Caso seja invocado algum interesse coletivo, respeitados os limites constitucionais e legais, qualquer dos entes federativos poderá editar uma lei apta a permitir a intervenção direta na ordem econômica por meio de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista.

Sugerem-se ainda como critérios de verificação da possibilidade de intervenção de uma intervenção ótima: a não superfluidade, a transparência na demanda e a economicidade.

As Constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº1/1969 foram expressas em prever que a iniciativa empresarial do Estado seria suplementar ou subsidiária em relação à iniciativa privada. O constituinte de 1988 não positivou essa previsão. Diante disso, ou se interpreta uma omissão eloquente e se afasta qualquer possibilidade de o Estado intervir diretamente na exploração da atividade econômica; ou se assume que o invocado princípio da subsidiariedade é, em verdade, um princípio

implícito na ordem econômica. A maioria da doutrina, muito embora não costume fazer essa ressalva, trata do princípio da subsidiariedade. Tal posicionamento, de fato, é absolutamente compatível com a ordem econômica da Constituição, que confere primazia à livre iniciativa.

A fragilidade da diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos se agrava pela problemática envolvendo a própria noção do que seja serviço público na constituição de 1988. Não se pode qualificar como público um serviço simplesmente porque ele foi imputado ao Estado. Sob o critério teleológico defendido por Marçal Justen Filho, o serviço é atribuído ao Estado porque antes é um serviço público, ou seja, está intimamente relacionado à satisfação dos direitos fundamentais. Os problemas são ainda maiores quando se percebe que a principal razão de ser da dicotomia entre serviço público e atividade econômica era a incidência ou de um regime jurídico de direito público no primeiro caso ou de direito privado no segundo. Em havendo serviços públicos prestados tanto pelo Estado quanto por particulares, sob mais de uma forma (concessão, permissão ou autorização) há que se admitir a insuficiência da classificação.

Há empresas estatais que desempenham atividades outras que não se enquadram exatamente nem em serviço público, nem em atividade econômica em sentido estrito, como o caso da Empresa de Planejamento e Logística S.A, cuja função regulatória vem expressa no próprio objeto social. Pretender enquadrar essas atividades como sendo serviço público ou atividade econômica, além de pouca utilidade, muito provavelmente trará mais problemas do que soluções. Se o problema é delimitar qual o regime jurídico aplicável, basta analisar cada qual das atividades prestadas e a finalidade da dúvida no caso concreto. A complexidade e a dinamicidades da sociedade atual não permitem respostas completas e a priori, sob pena de inutilidade.

A realidade demonstra uma tendência disfuncional das estatais em sacrificar o objeto social e os acionistas privados minoritários, quando existentes, em prol de um alegado interesse público mais elevado do Estado, como por exemplo questões macroeconômicas. Essa postura não se pode admitir. Para além do que se possa entender como interesse público, no caso das estatais ele deve ser aquele materializado no próprio objeto social da empresa. O Estado dispõe de outros instrumentos para

executar os diferentes objetivos que lhe foram atribuídos. As estatais não podem ser um coringa para realizar qualquer objetivo, por mais nobre que seja.

O lucro, ainda que não seja o elemento central, a razão de ser de uma estatal, também não algo vedado e espúrio. O ideal é que as estatais possam, na medida do possível, ser autossustentáveis para que haja ampliação e melhoria na qualidade dos serviços prestados ou dos bens produzidos. Em princípio, a fonte de receita estatal é tributária, razão pela qual eventual excedente contábil da companhia deveria verter em benefício da própria atividade. Nada obstante, na linha do que defende Jacintho Arruda Câmara, a existência de excedente contábil não deve ser analisado de forma isolada, ou seja, desvinculada do ramo de atividade exercida pela estatal. Se no fiel cumprimento do objeto social a estatal saldos financeiros positivos sobrevierem, tanto melhor para a própria coletividade, já que a receita tributária poderá ser destinada a finalidades outras. Por isso, o simples fato de uma estatal repassar dividendos para o Estado acionista, isoladamente não pode ser apto a desqualificar a postura da empresa estatal. Se o orçamento está desequilibrado, outras medidas e críticas devem ser feitas.

Os números oficiais sugerem que, nominalmente, a quantidade de empresas estatais aumentou entre 1990 e 2005, período que também coincide parcialmente com a política de privatizações. Nada obstante, ainda que o Estado brasileiro continue se valendo dessa forma de intervenção no domínio econômico, preferência notória vem sendo dada a formas de parceria, fomento, incentivo, coordenação e planejamento da economia. Na linha do que analisava Caio Tácito, o pêndulo da intervenção parece apontar na direção de um Estado Subsidiário.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMIRO, Affonso. **A estatização no Brasil**. Rio de Janeiro: APEC, 1970.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e suas crises**. In _____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). **O Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p.421-440, 2012.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **O lucro nas empresas estatais**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 37, p. 9-18, 2012

ATALIBA, Geraldo. **Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro). Parecer**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.200, p.348-3622, abr./jun.1995, p.351.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BAER, Werner. **A economia brasileira**. Tradução de Edite Sciulli. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n .200, p.20-54, abr./jun. 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.232, p.141-176, abr./jun. 2003

BARROSO, Luis Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.226, p.187-2102, out./dez.2001.

_____. **Regime Jurídico das empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.242, p.85-93, out./dez.2005

BNDES Participações S.A. – BNDESPAR. **Demonstrações Financeiras Referentes aos Exercícios Findos em 31 de Dezembro de 2011 e de 2010 e Relatório dos Auditores Independentes**. Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/1211_BPAR.pdf>. Acesso em 7 de dezembro de 2014.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1193/2015**. Estabelece o estatuto jurídico das empresas estatais, previsto no § 1º do art.173 da Constituição

Federal, inclusive das empresas estatais de que trata o § 1º do art. 177 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1322250&filename=PL+1193/2015>. Acesso em 18 de dezembro de 2015.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm >. Acesso em 10 dezembro de 2015.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. **Constituição (1967)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 09 agosto de 214.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de dezembro de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.002, de 30 de janeiro de 1941**. Autoriza a constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3002-30-janeiro-1941-412984-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942**. Encampa as Companhias Brasileiras de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A. e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4352-1-junho-1942-414669-republicacao-68227-pe.html>>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969**. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2014.

BRASIL. **Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979**. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985.** Dispõe sobre o processo de privatização de empresas sob controle direto ou indireto do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em : < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91991-28-novembro-1985-442714-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988.** Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização e dá outras providências. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1988/decreto-95886-29-marco-1988-446305-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.735, de 24 de janeiro de 2001.** Estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3735.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2015.

BRASIL. **Decreto nº 4.559, de 30 de dezembro de 2002.** Aprova a reforma do Estatuto Social da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4559.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005.** Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm#art14>. Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.578, de 26 de novembro de 2015.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e dispõe sobre a criação da Comissão de Transição e Inventariança da Extinta Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Disponível na internet: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8578.htm#art13>. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Perfil das Empresas Estatais Federais, 2013 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Brasília: MP/SE/DEST, 2014.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/dest-1/perfil-das-empresas-estatais-1/2014_ano-base_2013_3.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 120932 – Rio grande do Sul.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de março de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2812093229&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/oauwfc6>>. Acesso em 9 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 1.628, 20 de junho de 1952.** Dispõe sobre a restituição dos adicionais criados pelo art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, e fixa a respectiva bonificação; autoriza a emissão de obrigações da Dívida Pública Federal; cria o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; abre crédito especial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.** Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2004.htm>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

BRASIL. **Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961.** Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3890Acons.htm>. Acesso em 05 de agosto de 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971.** Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5662.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.34, n.133, jan./mar. 1997.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das empresas estatais e endividamento público.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **O indispensável direito econômico**. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORONATO, Marcos; FUCS, José. **Estado Ltda**. Revista Época, São Paulo, n. 682, p. 66,13 jun.2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI240676-15223,00-ESTADO+LTDA.html>>. Acesso em 05 de janeiro de 2015.

COTRIM NETO, A.B. **Teoria da empresa pública em sentido estrito**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.122, p.21-56, 1975.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16. dez./jan./fev. de 2009. Disponível na internet:<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

_____. **Enfiteuse**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul n.27, p.331-346. Porto Alegre, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Formas jurídicas da empresa pública**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.125, p.42-59, 1976.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. v.1, 1 ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.15.197-224, jul./set.2006.

DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Parcerias na administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUCASTEL, Márcia Bataglin. **Conflito de interesses nas sociedades de economia mista: interesse público versus interesse privado**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Disponível na internet:<http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2420>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

EMMERICH, Herbert. **Instituições autônomas e empresas estatais**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio do Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Governo autointeressado: a intervenção do Estado na economia à luz das teorias do interesse público e do interesse privado**. *Revista de Direito Público da Economia – RPDE*, Belo Horizonte, ano 10, n.39, p.67-78, jul/set.2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 2, p.257-271, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro**. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, p. 147-159, 2006

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação crítica). 15 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 55, 1984, pp. 35-59.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 420 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 21/02/2011.

HANSON, A. H. **Autarquias de serviços públicos nos países subdesenvolvidos**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio do Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Ed. Montecorvo, pp. 87-128, 1996.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Amministrazione Pubblica e Diritto Privato**. Torino, G. Giappichelli, p.1-33, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre serviço público e atividade econômica**. Revista de Direito do Estado, n.1, p.119-135., jan./março.2006.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luis. **Direito, política e consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 2012. 218f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/08/2012.

KEYNES, J.M. **The End of Laissez-Faire**. Londres: L&VWoolf, 1926.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINHO, Josaphat. **A ordem econômica nas constituições brasileiras**. RDP 19/51, ano V, p. 51-59, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Direito das Telecomunicações e Anatel**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____.; ZAGO, Marina Fontão. **Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n.49, p. 79-94, jan./mar. 2015.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Autarquias e entidades paraestatais no Brasil**. In: SHERWOOD, Frank. *Empresas públicas – textos selecionados*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDONÇA, Ricardo. **Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha**. São Paulo: Folha de São Paulo, 29 de nov. de 2015. Disponível na internet: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em 16 de dezembro de 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a história do Direito Econômico Brasileiro (parte I: 1930-1956)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p.67-96 abr./jun. 2004.

_____. **Anotações sobre a história do Direito Econômico Brasileiro (parte II: 1956-1964)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p.121-143 JUL./SET.2005.

_____. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. 2004 viii, 293 f Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

_____. **O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007, p.1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 13 de março de 2014.

_____. **Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?**. In: Carlos Ari Sundfeld; André Rosilho. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, v. 1, p. 107-139.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais: definição legal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972.

NEDER, Vinicius; FERNANDES, Adriana. **BNDES vai pagar R\$ 4,8 bilhões em dividendos à União**. Exame.com, notícia veiculada na seção economia, em 26/12/2015. Disponível na internet: < <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/bndes-vai-pagar-r-4-8-bilhoes-em-dividendos-a-uniao>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

NICZ, Alfredo Alvacir. **Iniciativa privada versus iniciativa estatal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 41, nº 163, p. 261-279, jul./set. 2004.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **Industrialização e desenvolvimento – a economia política do modelo brasileiro de desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PATU, Gustavo. **Em expansão, gigantes estatais BB e Caixa empregam 40% dos bancários do país**. Disponível na internet: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/19/em-expansao-gigantes-estatais-bb-e-caixa-empregam-40-dos-bancarios-do-pais/>>. Acesso em 29 de setembro de 2013.

_____. **Enquanto lucros e investimentos patinam, estatais ganham 40 mil novos funcionários no governo Dilma**. Disponível em: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/15/enquanto-lucros-e-investimentos-patinam-estatais-ganham-40-mil-novos-funcionarios-no-governo-dilma/>>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988**. In CLÈVE, Clemerson Merlin (coordenador.); PEREIRA, Ana Lúcia Pretto (coordenadora assistente). Direito Constitucional brasileiro: volume III: constituições econômicas e social. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma Administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor**. Brasília. Editora Brasília Jurídica, 1998.

PEREIRA, João Maria D. **Uma breve história do desenvolvimentismo no Brasil**. Cadernos do Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v.6, n.9, p. 121-141, jul./dez. 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

_____. **Desenvolvimentismo: ideologia do desenvolvimento econômico dos países retardatários**. In Entrevista realizada por Graziela Wolfart, da Revista do Instituto Humanitas Unisinos, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=4931>>. Acesso em 18 de dezembro de 2015.

_____. **Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil.** In PETRUCCI, Vera; SCHWARZ (organizadoras). *Administração Pública gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, ENAP, 1999.

PETRUCCI, Vera; SCHWARZ, Letícia (organizadoras). **Administração Pública gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, ENAP, 1999

PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.32, p.1-15, abr./jun. 1953.

PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresas estatais.** (Coleção direito econômico). São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Regulação econômica e empresas estatais.** Revista de Direito Público da Economia, v. 15, p. 131-148, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função.** 1 ed. (ano 1999) 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2004.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden-Shares” As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SADDY, André. **Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira.** RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015.

SARAIVA, Enrique. **As empresas estatais como instrumento da política científico-tecnológica.** Cadernos EBAPE>BR. Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, Edição Especial, 2005. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v3nspe/v3nspea08.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SÃO PAULO. **Decreto-Lei Complementar nº 07, de 06 de novembro de 1969.** Dispõe sobre entidades descentralizadas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei.complementar/1969/decreto.lei.complementar-7-06.11.1969.html>>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-19022010-152023. Acesso em: 05 de fevereiro de 2016

SCHNEIDER, Jens-Peter. **O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia**. Tradutor Vitor Rhein Schirato. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p. 189-217, abr./jun. 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVEIRA, Raquel Dias da. **Os Processos privatizadores nos Estados Unidos e América Latina: tentativa da compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, nº 7, p.207-224, jul./set. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da Economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. **Empresas semiestatais**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, nº. 36, p.75-99, out/dez. 2011.

_____. **A participação privada nas empresas estatais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Entidades administrativas e noção de lucro**. Revista Trimestral de Direito Público, v. n.º 6, p. 263-268, 1994

TÁCITO, Caio. **As empresas públicas no Brasil**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.84,1966, p.432-439.

_____. **Os Tribunais de Contas e controle das empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.148, p.1-12, abr./jun. 1982.

_____. **O retorno do pêndulo: o serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil.** Rio do Janeiro: Renovar, 1998.

VOGEL, Steven Kent. **Freer markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial countries.** United States of America: Cornell University, 1996.